Cessibilität der Konventionalstrafe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erwerbung des Doktorgrades

der juristischen Fakultät

der

kgl. b. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt

von

Ernst Framhein.

ERLANGEN.
K. b. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1895.

Cessibilität der Konventionalstrafe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erwerbung des Doktorgrades

der juristischen Fakultät

der

kgl. b. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt

von

Ernst Framhein.

ERLANGEN.
K. b. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0060

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung. Art der Behandlung der Aufgabe . 1

I. Abschnitt 2

Begriff der Vertragsstrafe 2

§ 2. Zweck der Vertragsstrafe ist, eine andere Verbindlichkeit zu verstärken 2

§ 3. Die Konventionalstrafe bei Verträgen zu Gunsten Dritter 5

§ 4. Die Konventionalstrafe bei Versprechen der Leistungen eines Dritten. Unterschied zwischen Strafvertrag und gewöhnlicher Bedingung 8

§. 5. Für das heutige Recht ist zur Beurteilung der Frage, ob Strafstipulation oder einfach bedingter Vertrag vorliegt, nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt der Vereinbarung zu sehen 14

§ 6. Unterschied zwischen dem Strafvertrage und der lex commissoria 15

§ 7. Die Konventionalstrafe kann auch nicht vertragsmässigen Verbindlichkeiten hinzutreten 16

II. Abschnitt 17

Verhältnis von Haupt- und Nebenverbindlichkeit beim Strafvertrage 17

§ 8. Die Strafforderung an Stelle oder neben der Hauptforderung 17

§ 9. Die Konventionalstrafe vor und nach ihrer Verwirkung 22

§ 10. Das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenforderung nach preussischem Recht 23

§ 11. Verhältnis von Haupt- und Nebenverbindlichkeit nach Handelsrecht und dem Rechte des Entwurfs . . . 26

III. Abschnitt 27

Begriff der Cession 27

§ 12. Cession im reinen römischen und im heutigen gemeinen Rechte 27

Seite

IV. Abschnitt 32

Beschränkungen der Cessibilität der Forderungsrechte 32

§ 13. Die Cession bewirkt Sondernachfolge nur in die aktive Seite eines obligatorischen Verhältnisses 32

§ 14. Die Regel: quod est transmissibile, id est cessibile . 34

§ 15. Für die Übertragbarkeit ist der Grad der Sicherheit der zu cedierenden Forderung unwesentlich. Cession von Solidar- und Alternativobligationen 35

§ 16. Forderungen, die keine Vermögensobjekte darstellen, lassen eine Übertragung nicht zu 40

§ 17. Die Cession ist ausgeschlossen, wo sich durch Substituierung eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung ändern würde 42

§ 18. Vertragsmässiges Cessionsverbot 43

§ 19. Selbständige Cessibilität der Zinsforderung 45

§ 20. Selbständige Cessibilität der Bürgschaftsforderung . 47

§ 21. Selbständige Cessibilität der Pfandklage 53

§ 22. Stellung des preussischen Rechtes, des Handelsrechtes und des Entwurfes zu den Cessionsbeschränkungen . 54

V. Abschnitt 57

Cessibilität der Konventionalstrafe 57

§ 23. Übertragbarkeit der Strafforderung mit dem Hauptrecht 57

§ 24. Übertragung der Strafforderung ohne das Hauptrecht nach Verwirkung der Strafe 58

§ 25. Cession der Vertragsstrafe ohne das Hauptrecht vor Verwirkung der Strafe 59

§ 26. Folgen der Erklärung, die Hauptforderung ohne die Strafe, oder die Strafe ohne die Hauptforderung vor Verwirkung der Strafe cedieren zu wollen 64

§ 27. Schluss: Übersicht der Ergebnisse 65

Verzeichnis der benutzten Quellen.

Arndts: Pandekten. 13. Aufl. 1886.

Attenhofer: der Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationen-Recht. Zeitschrift für schweizerisches Recht. 26. Band. (Neue Folge, 4. Band.) S. 185—250.

Bähr: kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 9, S. 578—582.

Böhmer G. L.: auserlesene Rechtsfälle. Bd. 1. Göttingen 1799.

Brinz: Pandekten, Bd. 2. Erlangen 1879.

Bruns: fontes juris Romani antiqui. ed. 6. 1893.

Cicero: pro A. Caecina oratio. Leipzig. Bei Teubner 2, 2. 1885.

Cocceji: Exercitationes. Vol. 2. Lemgoviae 1722; disp. 65: de cessione eorum, quae ad heredem non transeunt et contra.

Corpus juris civilis: ed. Mommsen-Krüger.

Corpus juris civilis glossatum: Lugduni 1604.

Collatio librorum juris antejustiniani, ed. Krüger, Mommsen, Studemund; tom 1, 1891; tom 2, 1878.

Degenkolb: „Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage.“ Archiv für civ. Praxis. 71 S. 78.

Dernburg: Pandekten, 3. Auflage 1892.

Dernburg: Preussisches Privatrecht. 3. Auflage 1882.

Eisele: Klagekonkurrenz. Archiv für civ. Praxis. 79, S. 368.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels- und Wechselrechtes. Bd. 2, 1884.

Entscheidungen des preussischen Obertribunals.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. und 2. Lesung.

Förster-Eccius: preussisches Privatrecht. 6. Aufl. 1882.

Fritz: Über den Musterfall der römischen Correalobligation. Zeitschrift für Civil-Recht u. Proz. Neue Folge; Bd. 19, S. 64—67.

Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast. Jena 1858.

Glück: Erläuterungen der Pandekten. Bd. 4 und 16.

Gruchot: Beiträge, Bd. 2, S. 226 ff.; 7, S. 57 ff.; 9, 219 ff.; 11, 545 ff.

Heimbach: „Konventionalstrafe" in Weiskes Rechtslexikon. 2. Aufl. 1844.

Hölder: „Konventionalstrafe" in Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. Aufl. 1881.

Holzschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes. Leipzig 1864.

Hymmen: Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten. Bd. 3. Berlin 1779.

Ihering: Geist des römischen Rechtes. 4. Aufl. 1878.

Keller: Pandekten 2. Aufl. Leipzig 1866.

Kersten: de poena conventionali. Leipziger Inaugural-Dissertation 1839.

Koch: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. 8. Aufl. 1884.

Koch: Schlesisches Archiv.

Koch: die Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte. Breslau 1837.

Lauterbach: Dissertationes accadem. Vol. 3, 113, de poena conventionali. Tübingae 1728.

Liebe: die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.

Mann: Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Göttinger Inaugural-Dissertation 1890.

Manns: Von der Konventionalstrafe. Frankfurt a/M. 1876.

Meyerfeld: Lehre von der Schenkung. Marburg 1835.

Mühlenbruch: die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Auflage.

Nettelbladt: der Strafvertrag nach gemeinem Recht. Ludwigslust 1886.

Neuenfeldt: Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzipe nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885.

Olea: Tractatus de cessione juris et actionum. Venetiis 1773.

Puchta: Institutionen. 9. Aufl. 1881.

Puchta: Pandekten. 8. Aufl. Leipzig 1856.

Puchta: Cession; kleine civ. Schriften Nr. 27. Leipzig 1851 (derselbe Aufsatz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2).

Randa: Zur Lehre von den Zinsen und der Konventionalstrafe. Wien 1869.

Regelsberger: Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. Archiv für civ. Praxis 63, S. 161.

Rehbein und **Reincke:** Allgemeines Landrecht. 5. Auflage. Berlin 1894.

de Retes: de stipulatione poenali bei Meermann, Novus Thesaurus tom. 7, Hagae 1753.

Salkowsky: Zur Lehre von der Novation. Leipzig 1866.

Salpius: Novation und Delegation nach römischem Rechte. Berlin 1864.

Savigny: Obligationenrecht. Berlin 1851, 1853.

Schilter: Praxis juris Romani in foro Germanico. Tom. 2. Francofurti et Lipsiae 1713.

Schmid: Grundlehren der Cession. Braunschweig 1863.

Schultze: „Cession" in Holtzendorffs Rechtslexikon.

Seeler: Zur Lehre von der Konventionalstrafe. Halle 1891.

Seuffert: Archiv.

Seuffert: Wirkung des Cessionsverbotes. Archiv für civ. Praxis. Bd. 51, Nr. 6.

Sintenis: das praktische gemeine Civilrecht. 2. Auflage. Leipzig 1861.

Sprenger: die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in Gruchots Beiträgen. Bd. 33, S. 638—686.

Stegemann: pactum de non cedendo. Archiv für civ. Praxis 67, 8.

Striethorst: Archiv.

Unger: System des österr. allgem. Privatrechts. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Vangerow: Pandekten, Bd. 3. 6. Aufl. Marburg 1856.
Wächter: Pandekten, Leipzig 1880.
Wendt: Pandekten, Jena 1888.
Wendt: Rechtssatz und Dogma: Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 22, S. 398—414.
Windscheid: Pandekten. 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.
Wolff: die Lehre von der mord. Göttingen 1841.

Einleitung.

§ 1.

Art der Behandlung der Aufgabe.

Die Frage nach der Cessibilität der Konventionalstrafe ist, soweit ich mich habe überzeugen können, in den Quellen des gemeinen Rechtes nicht ausdrücklich entschieden und auch in der Litteratur desselben nur wenig berührt worden. Dagegen hat sie für das Gebiet des allgemeinen Landrechts für Preussen, im Anschluss an einen Rechtsfall, der in den Jahren 1857 bis 1865 die preussischen Gerichte beschäftigte, eine lebhafte Kontroverse hervorgerufen.

Die Veränderungen, die das gemeinrechtliche Institut des Strafvertrages durch die Fassung der §§ 292 ff. Teil 1 Titel 5 des Allgemeinen Landrechts erlitten hat, sind jedoch zu gross, um zu gestatten, die Rechtssätze über die Übertragbarkeit von Forderungen aus demselben ohne weiteres von einem Rechtsgebiete auf das andere auszudehnen.

Es ist daher geboten, den Strafvertrag, wie er uns im gemeinen Rechte entgegentritt, zu untersuchen und an

der Hand der Rechtssätze, welche die Lehre von der Cession und vom Gegenstande derselben beherrschen, festzustellen, in wieweit Forderungen auf Konventionalstrafen eine Übertragung zulassen.

I. Abschnitt.

Begriff der Vertragsstrafe.

§. 2.

Zweck der Vertragsstrafe ist eine andere Verbindlichkeit zu verstärken.

Den altrömischen Prozess beherrscht das Prinzip der pecuniaria condemnatio. Nur wenn der Anspruch auf eine Geldbezahlung ging, erhielt der siegreiche Kläger das Objekt desselben selbst. In allen anderen Fällen musste er sich mit einer Abfindung begnügen. Freilich kam in späterer[1]) Zeit wenigstens für die Bemessung der Summe nicht nur der objektive Wert der geschuldeten Leistung, sondern das Interesse des Gläubigers derselben in Betracht; dennoch aber war seine Stellung eine ungünstige, denn ihm lag der schwierige Beweis der Höhe seines Interesses ob. Während nun einerseits das objektive Recht durch Einführung der arbitrariae actiones sich den Bedürfnissen des Lebens anpasste, suchte andererseits der Verkehr sich selbst zu helfen durch ein System der indirekten Befriedigung der Interessen"[2]). Diesem Zwecke diente die Strafstipulation.

Als Zeugnis für die Bedeutung derselben für das

1) Ihering: Geist des römischen Rechts II § 29. Relative und absolute Ästimation „jene, auf ein certum gehend, gehört dem älteren, diese, auf ein incertum, dem jüngeren Rechte an".

2) Ihering a. a. O.

Rechtsleben jener Zeit[1]) sei hier nur angeführt fr. 137 § 7 de V. O. (45. 1): Venulejus libro primo stipulationum[2]).

„Si, ut aliquid fiat, stipulemur et usitatius et elegantius esse, Labeo ait, sic subici poenam: „si ita factum non erit“: at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: „si adversus ea factum erit“: at cum alia fieri, alia non fieri conjuncte stipulemur, sic comprehendendum: „si non feceris, si quid adversus ea feceris“.

Durch die Hinzufügung eines Strafvertrages erreicht der Gläubiger eine Verstärkung seiner Stellung dem Schuldner gegenüber in zweierlei Hinsicht[3]). Denn einmal wird der Schuldner sich davor hüten, seinen Verbindlichkeiten zuwiderzuhandeln und so die Vertragsstrafe zu verwirken. „Poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur“[4]).

Der Strafvertrag wirkt wie eine Kriminalanstalt im Kleinen[5]) im Sinne der Spezialprävention.

---

1) Vergl. Dernburg, Pandekten 2 § 36 Anmerk. 2: „Es kam kaum vor, dass man sich eine Handlung, z. B. den Bau eines Schiffes, ausbedang, ohne eine Strafe für den Fall der Nichterfüllung hinzuzufügen.

2) Vergl. § 7 I. de V. O. 3. 15.

3) Lauterbach: Dissertationes acc. Vol. 3 disp. CXIII cap. 2. 4. Distinguitur haec conventionalis poena, quod qualdam constituatur principaliter et unice ad debitorem, qui promissum non adimplet, coërcendum etiamsi creditori, cui haec poena promittitur, nihil peculiariter intersit, promissaimpleri; quaedam vero additur etiam eum in finem, ut creditor indemnis servetur et evitetur difficilis probatio ejus, quod ut conventis stetur, creditoris interest. Der Strafvertrag dürfte aber nicht bald lediglich die einen und bald die andere, sondern stets beiden Zwecken dienen.

4) L. 1 C. de receptis 2, 55 (56).

5) Savigny, Obligationen-Recht, Bd. 2, § 80 S. 273.

Zweitens befreit die ausbedungene Konventionalstrafe den Gläubiger vom Beweise seines Interesses und beseitigt jeden Einwand, den der Schuldner gegen den Anschlag des Gläubigers erhebt[1]):

„et in hujus modi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit.“ (§ 7 I. de V. O. 3. 15.)

In dieser Funktion als Bestärkungsmittel einer Verbindlichkeit[2]) hat, wie die neuere Theorie überwiegend anerkennt[3]), das römische Recht den Strafvertrag ausgebildet.

Doch ist diese Ansicht von der Konventionalstrafe keineswegs unbestritten.

---

1) Puchta: Institutionen, § 269 S. 339.

2) Eine Klage braucht indessen diese Verbindlichkeit nach reinem römischen und nach gemeinem Rechte nicht hervorzubringen. — Über die Funktion der Konventionalstrafe beim Schiedsvertrag siehe Windscheid; Pandekten 2 § 415 Anm. 10; Dernburg, Pandekten I § 165 — bei Naturalobligationen und beim pactum nudum: Sintenis: Das praktische gem. Civ. Recht § 88, Note 9. Unterholzner, Lehre des röm. Rechtes von den Schuldverhältnissen 1, § 249. Aber auch Seeler, Zur Lehre von der Conventionalstrafe S. 21, 22, 43. Es handelt sich um die Interpretation l. 5. C. de contrahenda et committenda stip. 8. 37 (38). Über Verträge zu Gunsten Dritter und Versprechen der Leistung eines Dritten siehe im folgenden.

3) Vangerow, Pandekten § 641, 1. Sintenis a. a. O. § 88. Nettelbladt: der Strafvertrag nach gem. Rechte S. 27. Entwurf 1, §§ 420—426; 2, §§ 291—297. Mit der Modifikation, dass nur einer Vertragsobligation eine Pönalstipulation hinzugefügt werden könne. — Lauterbach a. a. O. Cap. 2, 3. Dernburg, Pandekten 2 § 46. Seeler, a. a. O. § 2.

§ 3.

Die Konventionalstrafe bei Verträgen zu Gunsten Dritter.

Zunächst scheint gegen jene Anschauung der Umstand zu sprechen, dass nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen Verträgen zu Gunsten Dritter[1]) und Versprechen der Handlungen eines Dritten[2]), Verhältnissen, die im allgemeinen nicht als gültige Verbindlichkeiten betrachtet werden, mit voller Wirksamkeit ein Strafversprechen hinzugefügt werden kann.

Gegen den ersten dieser Einwände ist folgendes zu sagen[3]).

Bei dem Grundsatz der pecuniaria condemnatio konnte, wie erwähnt, mit Ausnahme der Fälle, wo von vorneherein eine Geldsumme geschuldet wurde, der Beklagte nicht auf Vornehmung der Leistung selbst, sondern nur auf das in Geld abgeschätzte Interesse des Klägers an dieser Leistung verurteilt werden.

Die Frage, ob das mangelnde Interesse des Klägers einer Obligation ihre Gültigkeit raube, konnte nur in Betracht kommen bei Verpflichtungen auf ein facere. Bei Obligationen auf eine dare ist das Interesse des Klägers zum mindesten im Marktwert der geschuldeten Sache gegeben.

Bei auf ein facere gehenden Verbindlichkeiten ist dann, wenn die Leistung einen Marktwert hat, wie die

---

1) l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1. §§ 19, 20 J. de inutilib. stip. 3, 19.

2) l. 38, §§ 1, 2 D. eod. § 21, J. eod.

3) Seeler a. a. O. S. 47 ff.

Zweitens befreit die ausbedungene Konventionalstrafe den Gläubiger vom Beweise seines Interesses und beseitigt jeden Einwand, den der Schuldner gegen den Anschlag des Gläubigers erhebt[1]):

„et in hujus modi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit.“ (§ 7 I. de V. O. 3. 15.)

In dieser Funktion als Bestärkungsmittel einer Verbindlichkeit[2]) hat, wie die neuere Theorie überwiegend anerkennt[3]), das römische Recht den Strafvertrag ausgebildet.

Doch ist diese Ansicht von der Konventionalstrafe keineswegs unbestritten.

---

1) Puchta: Institutionen, § 269 S. 339.

2) Eine Klage braucht indessen diese Verbindlichkeit nach reinem römischen und nach gemeinem Rechte nicht hervorzubringen. — Über die Funktion der Konventionalstrafe beim Schiedsvertrag siehe Windscheid; Pandekten 2 § 415 Anm. 10; Dernburg, Pandekten I § 165 — bei Naturalobligationen und beim pactum nudum: Sintenis: Das praktische gem. Civ. Recht § 88, Note 9. Unterholzner, Lehre des röm. Rechtes von den Schuldverhältnissen 1, § 249. Aber auch Seeler, Zur Lehre von der Conventionalstrafe S. 21, 22, 43. Es handelt sich um die Interpretation l. 5. C. de contrahenda et committenda stip. 8. 37 (38). Über Verträge zu Gunsten Dritter und Versprechen der Leistung eines Dritten siehe im folgenden.

3) Vangerow, Pandekten § 641, 1. Sintenis a. a. O. § 88. Nettelbladt: der Strafvertrag nach gem. Rechte S. 27. Entwurf 1, §§ 420—426; 2, §§ 291—297. Mit der Modifikation, dass nur einer Vertragsobligation eine Pönalstipulation hinzugefügt werden könne. — Lauterbach a. a. O. Cap. 2, 3. Dernburg, Pandekten 2 § 46. Seeler, a. a. O. § 2.

ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut valeat stipulatio."

Auf eine andere Weise wird durch den Strafvertrag die Möglichkeit der Klage gegeben. Dadurch, dass man vertragsmässig feststellt, wie hoch das Interesse sich belaufe, ist der Kläger eines besonderen Beweises eines Interesses überhoben. fr. 38, § 17 de V. O. 45, 1.

„Poenam enim, cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio in stipulatione", das heisst, die Strafe kann gefordert werden, ohne dass der Kläger an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ein Interesse hat[1]).

Seeler bemerkt hierzu (a. a. S. 62):

„Das erklärt sich meines Erachtens sehr einfach. Der Klage aus dem Hauptvertrage fehlt es in diesem Falle an einem Gegenstande; sie ist eine Interessenklage, und diese geht ja gerade auf den Ersatz des Schadens. Die

---

1) Dass dieses nicht der Standpunkt des älteren Rechtes war, welcher vielmehr ein Interesse an der Hauptleistung selbst verlangte, zeigt l. 7. D. de servis export. 18, 7. (Papinianus libro 10 quaestionum). „Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quodsi aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter si non servata lege in poenam, quam alii promisit, inciderit. Huic consequens est, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit poena non rei persecutio est. Quodsi ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videtur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio, solam duritiam continet." Dass Papinian in Beurteilung der konkreten Frage nicht etwa im Prinzip seine Meinung geändert hat, ergiebt l. 6 § 1, D. eod. Vergl. auch Entscheid. des pr. Obertribunals 39, S. 23.

Klage aus der Pönalstipulation geht aber auf die versprochene Geldsumme; der Gegenstand derselben ist schon durch den Vertragsschluss gegeben und ihre Bedingung ist die Verletzung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Verbindlichkeit, gleichgültig von welchen Folgen diese Verletzung begleitet ist.

Dieses ist aber nicht eine Besonderheit der Pönalstipulation, es trifft vielmehr bei allen Verträgen zu, welche auf Leistung von Geld gehen oder einer Sache, die einen Marktpreis hat."

Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Vertrag zu Gunsten eines Dritten auf jeden Fall eine Rechtsverbindlichkeit, wenn auch nur unter Umständen eine Klage erzeugt. Die Thatsache, das neben diesen Verträgen eine Konventionalstrafe gültig bedungen wird, liefert keinen Beweis gegen unsere These, dass die Konventionalstrafe eine Rechtsverbindlichkeit voraussetze.

§ 4.

Die Konventionalstrafe bei Versprechen der Leistung eines Dritten. Unterschied zwischen Strafvertrag und gewöhnlicher Bedingung.

Ein weiterer Einwand gegen unsere Behauptung wird aus folgenden Quellenstellen entnommen. l. 38, §§ 1, 2 D. de V. O. 45, 1.

„Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum, dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit, potest promittere", entsprechend lautet § 21 J. de inutilibus stipul. 3, 19.

Um für die vorliegende Frage den richtigen Gesichtspunkt zu gewinnen, müssen wir weiter ausgreifen und das Verhältnis zwischen Strafvertrag und dem einfach bedingten

Versprechen erörtern, das heisst dem Vertrage durch welchen sich Jemand für den Fall eines Thuns oder Unterlassens zu einer Leistung verpflichtet, ohne zu dem Thun oder Unterlassen selbst verpflichtet zu sein.

Im Anschlusse an die Ausführungen von Wolff: „Lehre von der Mora."

S. 17 bis 67 wurde es zeitweise gemeine Meinung, dass die Strafstipulationen mit Ausnahme der stipulationes praetoriae durchaus nach den allgemeinen Grundsätzen über die Bedingungen zu beurteilen seien.

Eine genauere Betrachtung sowohl der rechtlichen Natur des Verhältnisses an sich wie der ausdrücklichen Quellenentscheidungen ergiebt indessen, dass eine derartige Gleichstellung keineswegs zu rechtfertigen ist.

Wenn auch nicht zu leugnen ist und wohl auch nie geleugnet wurde[1]), dass der Strafvertrag zu den bedingten Rechtsverhältnissen gehört, so ist doch andererseits der prinzipielle Unterschied zwischen der Pönalstipulation, als Bestärkungsmittel einer Verbindlichkeit, und der Zusage einer Leistung für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, zu welchem eine Verbindlichkeit nicht besteht, unverkennbar.

Über das Wesen der rein bedingten Obligation, obligatio, quae a condicione incipit, wie sie Papinian im Gegensatz zum Strafvertrage nennt (l. 115, § 2, D. de

---

1) Höchstens ist einmal der Ausdruck nicht ganz korrekt; so z. B. bei Nettelbladt, „Der Strafvertrag nach gemeinem Rechte", S. 27. „Anders bei der Konventionalstrafe. — Es liegt der Form nach, nicht in Wahrheit, ein bedingtes Verhältnis vor." Vergl. darüber Bähr in der Beurteilung dieser Schrift (kritische Vierteljahrsschrift 28 S. 580), „dass bedingter Vertrag und Strafvertrag sich verhalten wie Form und Inhalt, und dass die Gegenüberstellung beider als coordinierter Begriffe nicht passt".

V. O. 45, 1), führt Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 101, aus:

„Die Bedingungen sollen im allgemeinen vermitteln, dass auch der unvollendeten Willensform die Kraft gewisser rechtlicher Wirkung innewohne. Sie sollen insbesondere die Möglichkeit gewähren, äussere, faktische Umstände, welche in dem konkreten Rechtsverhältnisse weder unter dem Titel einer causa noch unter dem eines Rechtsobjektes oder einer Rechtsverletzung einen Platz finden können, in die Sphäre dieses Rechtsverhältnisses willkürlich mit der Bestimmung hineinzuziehen, daselbst als dem Willen beigeordnete Rechtsfaktoren thätig zu werden."

Den so beschriebenen Bedingungen werden dann auf Seite 103 diejenigen gegenüber gestellt, „in welchen lediglich eine Handlung oder Unterlassung des (zur Vornahme dieser Handlung oder Unterlassung) verpflichteten Subjektes das bedingende Ereigniss bilden soll".

Gerber findet diesen Unterschied zwischen dem rein bedingten Vertrage und der Konventionalstrafe bei der Behandlung der Verschiedenheiten, welche sich in Bezug auf die Beweislast in dem einen und dem anderen Falle ergeben.

Zu demselben Ergebnis gelangen wir bei Untersuchung der Frage, unter welchen Umständen die Bedingung der Pönalstipulation sich verwirklicht. Hätten wir es mit einer einfachen Bedingung zu thun, so wäre dem Wortlaut entsprechend die Erfüllung von einem rein faktischen Umstande abhängig, der Thatsache zum Beispiel, dass nicht geliefert wurde.[1]) Die Entscheidung, die

---

1) So entscheiden auch, von den beschriebenen Voraussetzungen ausgehend, Wolff, a. a. O. S. 19ff. Unterholzner: Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen S. 251.

uns die Quellen über die Verwirkung geben, entspricht dem jedoch nicht.

Vergl. l. 67, D. de V. O. 45, 1.

„Si homo mortuus est, sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum, si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur."

Wir sehen, dass die Strafe nicht verfällt, wenn die verpönte Nichtleistung aus Gründen geschieht, für welche der Schuldner nicht einzustehen hat.[1])

Ausdrücklich gegenübergestellt, endlich, finden wir den einfach bedingten Vertrag (stipulatio, quae a condicione incipit) und die Pönalstipulation von Papinian (fr. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1) bei Behandlung der Frage nach dem Zeitpunkte des Eintrittes der Bedingung in beiden Fällen.

Für jenen wird entschieden

§ 1 l. c. „non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphylus dari",

für die letztere aber:

„confestim agendum, postquam homo potuit dari, et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret"[2]);

---

1) Dernburg, Pandekten 2, § 46, 2. Reichsgericht 20, 33. Windscheid, Pandekten 2, 285, 3 (teilweise abweichend). Auf die Einzelheiten dieser sehr bestrittenen Frage einzugehen, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Vergl. Savigny, Obl.-R. S. 281. Seeler, a. a. O. S. 70ff. Wilhelm Mann: gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten. Göttinger Inaugural-Dissertation 1890.

2) Die Formeln für die beiden Rechtsverhältnisse sind: „Si Stichum hominem non dederis, centum dare spondes?" und für die Konventionalstrafe: „Stichum hominem dare spondes? Si Stichum non dederis, decem dare spondes?" Die Kontroverse

Den gleichen Unterschied macht Paulus l. 44, §§ 5, 6, D. de 8 et A 44, 7.

Das Ergebnis dieser Betrachtung ist, dass eine wesentliche Verschiedenheit besteht zwischen der stipulatio, quae a condicione incipit und einer für den Fall der Nichterfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit übernommenen Verpflichtung[1]).

Wir wollen jetzt auf die Frage zurückkommen, welche zu dieser Erörterung den Anlass gab.

In den Quellen finden wir an zwei Stellen l. 38 § 1 D. de V. O. 45, 1 und § 21 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19 gesagt, dass man dem nichtigen Versprechen der Leistung eines Dritten giltig eine stipulatio poenae hinzufügen kann, während sich sonst dieser Ausdruck nur beim Vorhandensein einer Hauptverbindlichkeit findet.

Was ist die Konsequenz, die sich hieraus für uns ergiebt?

Savigny fasst seine Definition von der Konventionalstrafe[2]) „ein bedingtes Versprechen, etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zu Grunde liegt, auf das Gegenteil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken", so weit, dass auch die genannte Anomalie mit darunter fällt[3]).

---

der römischen Juristen, von welcher l. 1, § 8 D. ad leg. Falcidiam 35, 2 und l. 24 D. quando dies 36, 2 einerseits und l. 19 pr. § 1 D. eod. und l. 1 D. de penu legata 33, 9 zeugen, betrifft nicht den hier behandelten Unterschied, sondern eine Verschiedenheit in der Auslegung des Legates „uxori meae penum heres dato, si penum non dederit, decem dato".

1) Nettelbladt, a. a. O. §§ 6, 8. Windscheid, Pandekten 2 § 286 Abs. 2 und Note 3. — Über die Geschichte der Streitfrage: Nettelbladt, a. a. O. Anm. 71b.

2) Obligationen-Recht 2 S. 272.

3) Ihm folgen u. A. Arndts, Pandekten § 2, 11. Wächter, Pandekten Bd. 2 § 175. Bähr, kritische Vierteljahrsschrift Bd. 28 S. 578.

Er fasst infolge dessen recht verschiedenartige Dinge in seiner Definition zusammen und ist in der Ausführung gezwungen, zwischen der einfachen und der zusammengesetzten Pönalstipulation (so bezeichnet er die auch von uns hier auseinander gehaltenen Fälle) zu unterscheiden.

Andere halten prinzipiell an der These fest, dass die Vertragsstrafe eine Hauptverbindlichkeit voraussetze und sehen die Entscheidung der angeführten Quellenstellen als eine mit Absicht eingeführte Besonderheit an, „als einen Fall, der schon auf der Grenze einer gewissen anderen Klasse bedingter Verträge steht“ [1]), oder „als Ausnahmen, die im Interesse eines stabileren Rechtsverkehrs ex utilitate gemacht zu sein scheinen“ [2]).

Am gründlichsten hilft Seeler [3]) über alle Schwierigkeiten hinweg mit der Behauptung, die angeführten Stellen beruhten auf einer Flüchtigkeit, die von Ulpian begangen, von Justinian aufgenommen und der Institutionenstelle zu Grunde gelegt sei.

Wie dem auch sei, auf jeden Fall ist anzuerkennen, dass an dem Erfordernis einer Hauptverbindlichkeit im römischen Rechte wenigstens im Prinzip und im gemeinen Rechte ganz allgemein festzuhalten ist [4]), denn auch das Versprechen der Leistung eines Dritten begründet heute eine Klage im Sinne der l. 81 pr. D. de V. O. 45: 1 „Nam

---

1) Sintenis, Das praktische gem. Civ.-Recht, Bd. 2 S. 111.

2) Nedelbladt, a. a. O. S. 31.

3) Seeler, a. a. O. S. 64.

4) Einen von dem hier vertretenen wesentlich abweichenden Standpunkt nimmt Brinz ein, wenn er Pandekten Bd. 4 § 541 behauptet: „Eine eigentümliche Verwendung der Bedingung liegt in der Pönalstipulation, indem sie ein Thun oder Unterlassen, das man unmittelbar nicht stipulieren kann, oder will, in condicione anstatt in obligatione deduziert.“

qui alienum sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet.“

§ 5.

Für das heutige Recht ist zur Beurteilung der Frage, ob Strafstipulation oder einfach bedingter Vertrag vorliegt, nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt der Vereinbarung zu sehen.

Bevor wir aus den bisherigen Erörterungen das Fazit ziehen, müssen wir uns kurz noch auf einige weitere Einwendungen einlassen.

Man hat nämlich der hier vertretenen Ansicht den Vorwurf des Formalismus gemacht. So sagt Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht 1, § 107, Anm. 5[1]): „die von Paulus l. 44, § 5 D. de O et A 44, 7 gegebene Formel: „Si fundum non dederis, centum dare spondes?“ kann doch keinen andern Sinn haben, als dass die Absicht der Parteien auf das dare fundum als die Hauptleistung geht, und dass durch centum nur das non dare fundum, das Interesse an der Nichterfüllung entgolten werden soll.“

Allein dem römischen Rechte war ein derartiges Betonen der Form, wie es nach unserer Ansicht hervortritt, durchaus entsprechend, und nur insoweit ist Förster-Eccius Recht zu geben, dass es heute auf den gewählten Ausdruck nicht mehr ankommen kann. Allein durch den Wegfall der Form wird die rechtliche Verschiedenheit dazwischen, ob lediglich ein Thatumstand, oder die Erfüllung einer Verbindlichkeit das bedingende Ereignis ist,

1) Vergl. auch Bähr, a. a. O. S. 59.

2) Vergl. l. 112 pr. D. de V. O. 44, 1 „quem volam“ und „quem voluero“.

nicht aufgehoben. Diesen Gedanken spricht ein Erkenntnis des preussischen Obertribunals aus mit den Worten (Entscheidung 19 S. 90): „Der Sinn der Ausführungen des Appellationsrichters ist nicht der, dass eine Konventionalstrafe äusserlich und bloss formell immer nur als Nebenvertrag und nicht als selbständiger Vertrag abgeschlossen werden könnte. Er entnimmt vielmehr aus § 292 Teil 1 Titel 5 des Allgemeinen Landrechts, dass die Konventionalstrafe einen in sich abgeschlossenen Hauptvertrag, auf dessen nicht gehörige Erfüllung sie gesetzt ist, voraussetze. Dieses ist vollkommen richtig, die Verabredung einer Strafe ohne einen solchen Hauptvertrag hat keinen Gegenstand und ist nicht denkbar."

§ 6.

Unterschied zwischen dem Strafvertrage und der lex commissoria.

Wendt[1]) stellt ferner die Ansicht auf, der Begriff Konventionalstrafe umfasse nicht nur die Fälle, wo der Strafvertrag obligatorisch wirke, das heisst den Beschwerten zu einer Leistung verpflichte, sondern läge auch bei kommissorischer Wirkung desselben vor, also wenn durch ihn ein Recht des Verpflichteten verwirkt, oder auf einen anderen übertragen werde.

Wendt gelangt in dem zitierten Aufsatz zu diesem Ergebnis, indem er nur das Moment der Strafe in der Pönalstipulation anerkennt. Wenn man wie wir Strafe und Interessenvergütung als gleich wesentlich ansieht,

---

1) Pandekten § 73 „Rechtssatz und Dogma" in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 22 S. 398—414.

muss man auch zu unserem Resultate kommen und das Versprechen einer Leistung fordern[1] [2]).

§ 7.

Die Konventionalstrafe kann auch nicht vertragsmässigen Verbindlichkeiten hinzutreten.

Endlich wird behauptet, zum Begriffe der Pönalstipulation sei als Hauptverbindlichkeit ein Vertrag erforderlich. Zuletzt ist diese Anschauung in ausführlicher Weise von Seeler verfochten[3]).

Hiergegen ist zu sagen, dass unbedingt zuzugestehen ist, dass die überwiegende Mehrzahl der Konventional-

---

1) Entscheidung des preussischen Obertribunals Bd. 65, S. 38: „Von einer antizipierten vertragsmässigen Schadenseinigung für den Fall der Säumnis, dem notwendigen Kriterium der Konventionalstrafe ist bei einem pactum commissorium nicht die Rede. Entsprechend Reichsoberhandelsgericht 4, S. 353; 11, S. 131. — Reichsgericht 4, Nr. 12, S. 52. — Vgl. auch l. 13, § 26 D. de act. empt. venditi 19, 1. „Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, eum ea specie, inquit, non faenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur."

2) Für das preussische Recht, wo diese Frage ungleich wichtiger ist, wegen der Beschränkungen, denen dort die Konventionalstrafe unterliegt beziehungsweise bis zum Reichsgesetz vom 14. November 1867 unterlag, vergl. besonders hierüber Dernburg, preussisches Privatrecht 2, § 39, 2. — Förster-Eccius 3. S. 450. — Entscheid. des Obertribunals 65, 38. — Striethorst, Archiv Bd. 45, S. 13; Bd. 57, S. 277. — Abweichend Entscheidungen des Obertrib. 15, S. 264. — Erkenntnisse des Obertrib. in Ulrichs Archiv Bd. 13, S. 176.

3) Litteratur siehe oben § 2, S. 4.

strafen sich an einen Vertrag anschliesst, oder vielmehr gleich mit jenem zusammen abgeschlossen wird. Es ist in der That auch nicht recht wahrscheinlich, dass eine Person, die einer anderen aus einem Delikte haftet, lediglich um die rechtliche Stellung ihres Gläubigers zu verbessern, ihm eine Strafstipulation leistet. Sollte aber dennoch ein solcher Vertrag abgeschlossen werden, so dürfte nichts im Wege sein, ihn als Pönalstipulation aufzufassen [1] [2].

Fassen wir die im bisherigen gewonnenen Ergebnisse zusammen, so kommen wir zu dem Resultat, dass die Konventionalstrafe in dem Versprechen einer Leistung des Schuldners an den Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

II. Abschnitt.

Verhältnis von Haupt- und Nebenverbindlichkeit beim Strafvertrage.

§ 8.

Die Strafforderung an Stelle oder neben der Hauptforderung.

Wir haben uns im ersten Abschnitt für die Ansicht entschieden, dass der Strafvertrag eine Hauptverbindlich-

---

1) So Windscheid, Pandekten 2, § 285, S. 96. Motive zum Entwurf Bd. 2, § 424.

2) Strafen, welche letztwillig für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Verpflichtung auferlegt werden, sind der Konventionalstrafe analog zu behandeln. Nicht aber Strafen, die der Richter auferlegt, denn diese fallen nicht an den Gläubiger, sondern sind öffentlich rechtlicher Natur. Vergleiche auch Wilmowsky-Levy, Civilprozessordnung, Note zu § 775; ebenso Dernburg, preussisches Privatrecht 2, § 39, Anm. 3. — Abweichend: Windscheid, Pandekten 2, § 386, Abs. 3.

keit voraussetze. Hier handelt es sich darum, das Verhältnis dieser beiden Obligationen zu einander zu erörtern. Folgender Gesichtspunkt ist hierbei nicht zu übersehen. Wir befinden uns hier nämlich in einem Gebiete, welches der Parteivereinbarung prinzipiell freigegeben ist. Die Thätigkeit der römischen Juristen geht nicht darauf, zwingende Rechtsnormen aufzustellen[1]), sondern Verkehrsformen, welche im Laufe der Jahre stereotyp geworden waren, zweckmässig zu interpretieren[2]).

Zunächst dient der Strafvertrag im Zweifel dazu den Hauptvertrag zu verstärken, nicht ihn abzuschwächen. Der Schuldner ist infolge dessen, wenn nicht das Gegenteil abgemacht ist, nicht als berechtigt anzusehen, unter Aufgabe der Strafsumme einseitig vom Vertrage zurückzutreten[3]).

Vielmehr wird der Wille der Parteien bei Abschluss eines Strafvertrages folgendermassen auszulegen sein.

1. Die Konventionalstrafe vertritt das Interesse an der Leistung überhaupt. Dann kann neben der Strafe die Hauptleistung nicht gefordert werden.

---

1) Nur durften durch das Versprechen einer Strafe die gesetzlichen Zinsbeschränkungen nicht verletzt werden. Vergl. l. 44, D. de usuris et fructibus 22, 1; l. 9, pr. eod. l. 13, § 26, D. de act. e. v. 19, 1; l. 15 C de usuris 4, 32.

2) Dass auch von der gewöhnlichen Form abweichende Strafverträge vorkamen, lehrt folgende, uns erhaltene Urkunde. Bruns fontes juris Romani antiqui, ed. VI, Nr. 114, S. 296. Donatio Flavii Syntrophi (saec II - III p. Chr.) „Si adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari et amplius poenae nomine H. S. L. milia nummum stipulatus est T. Flavius Syntrophus, spopondit T. Flavius Aithales libertus."

3) Savigny: Obligationen-Recht 2, § 276. Allgem. Landr. Teil 1, Tit. 5, § 311. Handelsgesetzb. Art. 284, Abs. 2.

Den Römern lag die Anschauung nahe, dass im Augenblicke der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung diese erlösche und der Anspruch auf Strafe an ihre Stelle trete. arg. die viel behandelte l. 44, §§ 5. 6 D. de O et A 44, 7. „Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus. Sed si navem fieri stipulatus sim et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est“ [1] [2]). Dem heutigen Verkehre ist diese Anschauung nicht geläufig; sie wird daher im folgenden bei Seite gelassen werden [3]).

---

1) Bestritten ist hierbei die Frage, ob hier wirklich von einer Novation die Rede ist oder nicht. — Dafür entscheidet sich: Manns: „Von der Konventionalstrafe“ S. 39 ff. Salkowsky: „Zur Lehre von der Novation“ S. 201; dagegen Liebe: „Stipulation“ S. 318. Salpius: „Novation und Delegation“ leugnet überhaupt, dass hier eine Doppelstipulation vorliege, und Gerber, „Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast“ S. 91 „kann sich des Eindruckes nicht erwehren, als müsse man sich, nach dieser Vorstellung des Paulus, diese Doppelstipulation, wie ein fabelhaftes Tier mit zwei Köpfen denken, deren jedem eine bestimmte Funktion dergestalt zugewiesen ist, dass wenn der erste seine Bestimmung erfüllt, mit ihm der zweite von selbst verschwindet, entgegensetzten Falls aber der zweite Kopf den ersten verschlingt und in sich aufnimmt.“

2) Siehe ferner l. 71 pr. D. pro socio 17, 1 und l. 115, § 2 D. de V. O. 45, 1 „si id cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur.

3) Vergl. Savigny, a. a. O. S. 278. Vangerow, Pandekten 3, § 614, 4, 1 am Ende. Dernburg, Pandekten 2, § 46, ist diese Auslegung des Strafvertrages gar nicht mehr erwähnt.

Vielmehr ist die Bedeutung eines Strafgedinges, welches das Interesse an der Leistung selbst repräsentiert, für das heutige Rechtsleben die, dass der Gläubiger für den Fall, dass der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht genügt, die Hauptleistung mitsamt denjenigen Interessenforderungen, welche das Gesetz ganz allgemein gewährt, einklagen kann, oder anstatt dessen, nach seiner Wahl, die Konventionalstrafe.

Schon das reine römische Recht mass dem Strafvertrag die hier bezeichnete Bedeutung — im Gegensatz zu der oben erörterten bedingten Novation — für den Fall bei, dass die Hauptverbindlichkeit eine bonae fidei obligatio war[1]).

Zweitens kann die Konventionalstrafe aber auch nur das Interesse an der richtigen Erfüllung vertreten, nicht das Interesse an der Erfüllung überhaupt.

Die Bedeutung des Strafgedinges ist dann, dass der Gläubiger neben dem Hauptanspruche, der ihm auf alle Fälle verbleibt, wahlweise die gewöhnlichen gesetzlichen Interessenforderungen, zum Beispiel Schadensersatz wegen verspäteter Leistung geltend machen oder, anstatt der letzteren, die vertragsmässig festgesetzte Strafe verlangen kann[2]).

Durch Ausübung seines Wahlrechts kann sich der Gläubiger nie schädigen. Denn wie die Wahl auch in den unter 1 und 2 berichteten Fällen ausfällt, immer bleibt ihm die Befugnis, denjenigen Überschuss, welchen er mit

1) L. 41, 42, 72 D. pro socio 17, 2; l. 28 D. de act. empti venditi 19, 1; l. 4 § 7 D. de doli exceptione 44, 4; l. 10 § 1 D. de pactis 2, 14; l. 12 § 2 D. de pactis dotalibus 23, 4. — Hölder in Holtzendorffs Rechtslexikon.

2) L. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1; l. 122 § 6 eodem, l. 16 D. de transact. 2, 15. Dernburg, Pandekten 2 § 46, 3a. Reichsgericht 9, Nr. 6, S. 44.

der nicht gewählten Klage hätte erreichen können, nachzufordern[1] [2]).

Ob im einzelnen Falle die Vertragsstrafe an die Stelle der Hauptleistung oder neben dieselbe treten soll, ist Sache der Auslegung. Im Zweifel ist nach herrschender Meinung das erstere als beabsichtigt anzunehmen[3]). Diese Ansicht stützt sich auf folgende zwei Quellenstellen:

„iniquum enim esse, et hominem possidere et pecuniam exigere"; (Labeo l. 4 § 7 D. de dol. mal. except. 44, 4) und

„si id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur" (Papinian, l. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1).

Das Hervorheben der Worte „si id actum probatur" lässt den Schluss zu, dass im allgemeinen die Absicht, dass Haupt- und Nebenleistung geschuldet wird, nicht zu unterstellen ist.

1) l. 41, 42, 72 D. pro socio 17, 1; l. 28 D. de action. empt. vend. 19, 1; l. 47 eod.

2) In den Motiven zu § 420 des Entwurfs am Ende ist gesagt: „Nach den Vorschriften des Entwurfs ist dem Gläubiger nur für den Fall, wenn er statt der möglichen Erfüllung die Strafe wählt, versagt, das Interesse wegen nicht Erfüllung, soweit es sich höher als die Strafe beläuft, zu verlangen. Die Beilegung eines solchen Rechtes widerspricht dem Wesen und dem Zweck der Konventionalstrafe." Entwurf 2, § 292 nimmt diesen Satz in den Text auf. — Hierin liegt indessen keine Abweichung vom gemeinen Rechte. Denn solange die Hauptleistung möglich ist, ist sie auch Objekt der Schuld. Eine sie ersetzende Interessenforderung besteht nicht. Vergl. Sprenger: Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich bei Gruchot 33 S. 666.

3) Savigny, Obligationen-Recht 2, S. 277. — Windscheid, Pandekten 2, § 285, Anm. 14. — Seuffert, Archiv 3, 38; 19, 136; 27, 231; 35, 198. — A. M. Nettelbladt, a. a. O. S. 60 ff.

§ 9.

Die Konventionalstrafe vor und nach ihrer Verwirkung.

Fassen wir die gewonnenen Resultate noch einmal ins Auge. Wie wir sahen, hat das Strafgedinge den Zweck, als Verstärkungsmittel einer anderen Verbindlichkeit zu dienen. Den Wert dieser Obligation soll es steigern, wie eine Bürgschaft und ein Pfandrecht; an sich ist es kein Wertobjekt.

Es ist in dieser Beziehung vor allem nicht mit einer gewöhnlichen, bedingten Forderung zu vergleichen. Denn diese liegt von vorne herein in der Vermögenssphäre. Der Gläubiger hofft, dass sich die Bedingung verwirklichen und ihm dann ein unbedingtes Forderungsrecht zustehen werde.

Anders beim Strafvertrag. Hier will der Gläubiger nur die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Die Vertragsstrafe dient ihm als Mittel hierzu. Dagegen ist es keineswegs ihr Zweck, ein selbständiges Stück des Vermögens zu bilden.

Dieses Verhältnis ändert sich im Augenblicke der Verwirkung der Strafe. Jetzt ist der Strafanspruch rechtlich selbständig, das heisst nicht mehr von der Existenz einer anderen Verbindlichkeit abhängig, und gleichzeitig ist er ein selbständiger Vermögenswert geworden. Seine Beziehungen zur Hauptverbindlichkeit sind lediglich die, dass beide Rechte neben einander nicht vollständig verwirklicht werden können. Es handelt sich vielmehr um einen Fall der sogenannten Solutionskonkurrenz[1] [2]).

1) Vergl. Hölder in Holtzendorffs Rechtslexikon, a. a. O.: „so sind Hauptschuld und Strafschuld nur durch die Gemeinsamkeit ihres Zweckes mit einander verbundene Schulden, deren Einfluss auf einander sich nach den Grundsätzen der Klagekonkurrenz bemisst. Um zwei selbständige Obligationen und nicht

§ 10.

Das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenforderung nach preussischem Recht.

Wie in der Einleitung dieser Arbeit bemerkt, hat die Frage nach der Cessibilität der Konventionalstrafe im Gebiete des Allgemeinen Landrechts eine eingehende Behandlung gefunden. Um die dort gewonnenen Resultate für diese gemeinrechtliche Untersuchung verwerten zu können, ist es erforderlich, die Abweichungen, die das Allgemeine Landrecht in Bezug auf das in Betracht kommende Institut vom gemeinen Recht zeigt, scharf ins Auge zu fassen.

Man hat behauptet, im Allgemeinen Landrecht sei die Straffunktion der Konventionalstrafe vollständig verschwunden, sie bedeute nichts, als das im Voraus vertragsmässig festgesetzte Interesse[1]).

Es ist auch zweifellos anzuerkennen, dass der Gesichtspunkt der Strafe im Allgemeinen Landrecht gegenüber dem der Ersatzleistung zurückgetreten ist[2]). Hieran lässt die Fassung des Eingangsparagraphen über diesen Gegenstand (Allgem. Landrecht I, 5, 292) und Bestimmungen wie § 296 und vor allen § 301 daselbst:

„Wird jedoch dadurch (durch den Strafvertrag) der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesses

---

etwa um zwei Glieder einer Alternativ-Obligation handelt es sich also nach gemeinem Rechte, während allerdings die neuere Gesetzgebung vielfach das letztere annimmt. So auch Entwurf. Motive zu § 420. Entwurf 2, § 292. 2) Vergl. Eisele: Archiv für civ. Praxis, Bd. 79, S. 368.

1) Z. B. Förster-Eccius I, § 107, S. 725, Anm. 3.

2) Vergl. Nenenfeldt: „Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprinzipe nach Strafe oder Ersatzleistung?“ § 30.

überstiegen, so muss der Richter die Strafe bis auf den doppelten Betrag ermässigen“[1])

keinen Zweifel bestehen.

Dass aber der Strafvertrag seinen Charakter vollständig geändert habe, dass er aufgehört habe, Zwangsmittel zu sein, ist eine zu weitgehende Behauptung. Schon die Bestimmung, dass die ausgemachte Konventionalstrafe auf das Doppelte des wirklichen Interesses gehen dürfe, ist ein deutlicher Beweis für seine Strafnatur[2]).

Wenn demnach der Strafvertrag seinem Grundcharakter nach unverändert geblieben ist, so ist doch das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenforderung im einzelnen erheblich modifiziert.

Durch die Konventionalstrafe wird nämlich nach Allgemeinem Landrecht, im Gegensatz zum gemeinen Recht, das Maximum der Interessenforderung vertragsmässig festgesetzt.

Es darf infolge dessen nicht neben der Konventionalstrafe das Interesse und ebenso wenig letzteres an Stelle des ersteren gefordert werden[3]), wenigstens nicht bei denjenigen Verletzungen der Verbindlichkeit, in Betreff derer die Konventionalstrafe ausbedungen war.

1) § 301 ist zwar durch Reichsgericht vom 14. November 1867, betreffend die vertragsmässigen Zinsen, abgeändert. Hierdurch wird aber seine Bedeutung für die Charakterisierung der Konventionalstrafe im Allgemeinen Landrechte nicht verändert.

2) Dernburg, preussisches Privatrecht II, § 39, Abs. 2, Anm. 6. Entscheidung des Obertribunals 12, S. 7 (Plenarbeschluss); Reichsoberhandelsgericht 16, S. 398; ferner Neuenfeld, a. a. O. S. 53: „über die Bedeutung des Strafversprechens zu Gunsten Dritter“.

3) Förster-Eccius I, § 107, Anm. 19 und 20. — Dernburg, a. a. O. § 41, Nr. 2. — Allgemeines Landrecht, a. a. O. §§ 293—296.

Je nachdem nun die Vertragsstrafe das Interesse an der Leistung selbst oder nur an richtiger Leistung in einzelnen Beziehungen darstellt, ergiebt sich, dass nach dem Allgemeinen Landrecht die spezifische Hauptleistung, oder wahlweise anstatt derselben die Konventionalstrafe, oder im zweiten Falle die Hauptleistung und neben derselben die Konventionalstrafe unter Ausschluss jeder anderen Interessenklage wegen desselben Mangels, für welchen die Strafe haftet, gefordert werden kann. Eine Klagekonkurrenz liegt also in diesem letzteren Falle nicht vor. Beide Ansprüche sind vollständig nebeneinander durchzuführen. Derjenige Bestandteil der Hauptverbindlichkeit, welcher im gemeinen Rechte eine solche veranlasste, ist im Allgemeinen Rechte ausgeschieden.

Im ersteren Falle dagegen liegt eine Klagekonkurrenz vor. Der Anspruch aus der ursprünglichen Forderung und der aus dem Strafvertrage schliessen sich gegenseitig aus. Aber sie ist keine Solutionskonkurrenz, bei welcher im Resultat der Gläubiger immer so viel erreicht, wie er aus dem ihm günstigeren Forderungsrechte beanspruchen kann, sondern das Maximum seiner Forderungen ist ein für alle Mal vertragsmässig festgestellt[1]).

Stellen wir nun einmal die Ergebnisse gegenüber.

In beiden Rechtsgebieten ist die Strafforderung bis zur Verwirkung der Strafe vollständig unselbständig; ihre Existenz ist an die Hauptforderung geknüpft, sie selbst ist gar kein Vermögensobjekt.

Dieses ändert sich mit der Verwirkung. Die Strafforderung wird selbständig und selbst ein Vermögenswert.

Soweit geht die Analogie.

In Betreff des Verhältnisses aber, in welchem sie nunmehr zur Hauptforderung steht, besteht zwischen beiden

1) Allgem. Landrecht I, 5, § 293.

Rechten eine durchgreifende Verschiedenheit. Während wir es im gemeinen Rechte durchgehend mit einer Solutionskonkurrenz zu thun haben, stehen im Allgemeinen Landrecht die beiden Forderungen entweder ganz selbständig neben einander, oder sie konkurrieren zwar, aber nach anderen Grundsätzen.

§ 11.

Verhältnis von Haupt- und Nebenverbindlichkeit nach Handelsrecht und dem Rechte des Entwurfs.

Das Handelsgesetzbuch (Artikel 184, 284, 398. 399) bringt in Bezug auf unser Institut für das gemeine Recht nur insoferne eine Veränderung, als es diejenigen Beschränkungen der Konventionalstrafe, welche durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867 ganz allgemein beseitigt sind, bereits für das Handelsrecht aufhebt.

Auch der Entwurf (I und II)[1] lässt es im Wesentlichen besonders in Bezug auf die Doppelnatur des Strafvertrages als Strafe und vertragsmässig festgesetztes Interesse, bei den gemeinrechtlichen Bestimmungen.

Im Einzelnen finden sich indessen Abweichungen.

Eine solche haben wir bereits kennen gelernt[2]. Eine fernere liegt in dem Verbote, die Konventionalstrafe als Mittel zu benutzen, um indirekt eine Leistung zu erzwingen, zu welcher wirksam eine Verbindlichkeit überhaupt nicht, oder nicht in der Form des über die Konventionalstrafe abgeschlossenen Vertrages begründet werden kann[3]. Indem der Entwurf hiernach zur Wirksamkeit

1) Entwurf I, §§ 420—425; II. §§ 290—297.

2) Seite 21, Anm. 2.

3) Entwurf I, § 424 (Motive); Entwurf II, § 296; ob bereits das Allgemeine Landrecht I, 5, 310 die gleiche Bestimmung trifft, ist bestritten. Vergl. einerseits Dernburg, preuss. Privatrecht II, 40, Anm. 7, andererseits Förster-Eccius I, § 107, Anm. 3.

des Strafvertrages eine vollgiltige Hauptverbindlichkeit voraussetzt, betont er die accessorische Natur der Konventionalstrafe in einem noch höheren Masse als das gemeine Recht es thut. Für den Fall endlich, dass als Strafe nicht die Zahlung einer Geldsumme, sondern eine andere Leistung versprochen ist, wird durch die Wahl der Strafe der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen (Entwurf II § 294). In dieser Beziehung nähert sich also der Entwurf den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts.

Die anderen Änderungen, welche der Entwurf in Bezug auf unser Institut einführen will, zum Beispiel Verlust der Strafforderung für den Fall vorbehaltloser Annahme (I § 421, II § 293), richterliches Mässigungsrecht (II § 295) berühren die in dieser Arbeit zu behandelnde Frage nicht.

III. Abschnitt.

Begriff der Cession.

§ 12.

Cession im reinen römischen und im heutigen gemeinen Rechte.

Wir kommen zum zweiten Grundbegriff des zu behandelnden Themas der Cession.

Ein genaueres Eingehen auf das Wesen der Cession ist wegen der grundlegenden Bedeutung dieser Frage für uns unerlässlich.

Eine Singularsuccession in ein Forderungsrecht hielten die Römer mit dem Wesen desselben, als einer rechtlichen Beziehung zwischen zwei bestimmten Personen für unvereinbar. Ein Wechsel in den Personen — ausgenommen ist die Universalsuccession, denn der Erbe setzt die Person seines Erblassers fort — verändert den Inhalt des Forde-

rungsrechtes selbst, „man kann nicht geben schlechthin, sondern immer nur Jemanden geben“ [1]).

Wollte man nun eine Forderung nicht selbst einziehen, sondern sie ihrem Tauschwerte nach benutzen, so hatte man kein anderes Mittel als die Novation. Vergl. Gajus II, § 38.

„Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quod dicitur novatio obligationis“.

Gewiss ein recht mangelhafter Behelf in einer Zeit, wo der Verkehr mit Forderungen bereits eine grössere Ausdehnung annimmt; dass auf diese Weise jede Veräusserung von Forderungen an die Mitwirkung des Schuldners gebunden war, bildete nicht einmal den einzigen Nachteil. Ebenso schwer musste es ins Gewicht fallen, dass das alte Recht, wenn es erlosch, um dem neuen Platz zu machen, alle seine Accessorien nach sich zog.

Wie so oft half hier das römische Recht, indem es prozessuale Grundsätze zur Weiterbildung des materiellen Rechtes verwandte. Seit dem Aufkommen des Formularprozesses hatte man ziemlich allgemein die Zulässigkeit der Prozessvertretung anerkannt [2]). An diese schloss man sich an. Der Cedent erteilte demjenigen, welchem er die Forderung abtreten wollte, den Auftrag, sie für ihn im Prozess geltend zu machen. Der Beauftragte that dieses, im fremden Namen zwar, aber im eigenen Interesse. Hatte ein solcher Vertreter — procurator in rem suam nannte man ihn — es mit seiner Klage bis zur Litiskontestation

1) Windscheid, Pandekten II, § 298, Anm. 2.

2) Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte § 6, S. 48.

gebracht, so war er wirklich Gläubiger geworden. Das nunmehr erworbene dominium litis, das heisst die Eigenschaft als Prozesspartei [1]), schützt ihn gegen jede weitere Einwirkung des Cedenten [2]).

Auf dem hier bezeichneten Standpunkt, welcher immer ein Mandat des Cedenten voraussetzt und dem Cessionar lediglich ein alieno nomine agere gewährt, ist das römische Recht nicht stehen geblieben. Wollte der Cedent, oder konnte er ein solches Mandat nicht erteilen und war dennoch ein vom Rechte anerkannter Grund für die Übertragung vorhanden, so gab man dem Berechtigten in der Kaiserzeit eine Klage im eigenen Namen [3]). Nicht aber die actio directa, so dass er damit den Gläubiger aus seiner Stelle verdrängt hätte, sondern lediglich eine actio utilis. Es ist also immerhin noch ein fremdes Recht, welcher der Cessionar geltend macht. „Der neu Eintretende kann sich nicht auf das jus berufen; das jus steht fortwährend dem neuen Gläubiger zur Seite. Aber Recht gesprochen wird für den neu Eintretenden in gleicher Weise, als wenn ihm und nicht dem bisherigen Gläubiger das jus zur Seite stände“ [4]).

Ähnliche Verhältnisse sind uns aus dem älteren römischen Rechte, der Zeit, wo civiles und prätorisches Recht um die Herrschaft rangen, ja ganz bekannt.

In der justinianischen Sammlung sind uns Entscheidungen erhalten aus allen Stadien der soeben gekennzeichneten Entwickelung. Aber seit dem Mittelalter war der

---

1) Mühlenbruch, a. a. O. S. 51.

2) Auch schon vorher unterschied sich der procurator in rem suam vom gewöhnlichen Mandatar l. 55 D. de procurat. 3, 3 l. 9 C. de proc. 2, 13.

3) Mühlenbruch, a. a. O. S. 188.

4) Windscheid, Pandekten § 329, Anm. 7.

Schlüssel zur Erklärung derselben, der Gesichtspunkt des geschichtlichen Werdens verloren gegangen. Man suchte durch mehr oder minder willkürliche Unterscheidungen die scheinbaren Widersprüche zu vereinigen, und so entstand der Knäuel von Kontroversen, von welchem uns Mühlenbruch in der „Lehre von der Cession der Forderungsrechte“ berichtet[1]).

Erst jenem Werke war es vorbehalten, Licht in diese Materie zu bringen. Was vorher als unvereinbarer Widerspruch erschienen war, erklärte sich unter dem Gesichtspunkt der geschichtlichen Entwickelung.

Auf jene Untersuchung gestützt, stellte die historische Schule die Lehre von der Cession im Sinne des reinen römischen Rechtes wieder her[2]).

Eins nur hat die historische Schule übersehen. Der Rechtszustand in Betreff der Cession zur Zeit der Kompilatoren war noch nicht das Ende der Entwickelungsreihe. Das gemeine Recht hat den weiteren Schritt gethan und hat mit dem Satz von der Unübertragbarkeit der Forderungsrechte ganz gebrochen.

Wir finden diese Ansicht bereits bei den älteren ge-

1) Mühlenbruch, a. a. O. S. 200—220.

2) Pucha, kl. civ. Schriften Nr. 27, Pandekten §§ 280—285. Schmid, Grundlehren der Cession. Freilich durchaus nicht ohne Widerspruch unter einander. Vergl. Mühlenbruch, a. a. O. § 16. Puchta, Pandekten § 280 einerseits; Schmid II S. 428 andererseits. Im Gegensatz zu den beiden Vorgenannten behauptet Schmid, die Thätigkeit des Cessionars für das heutige Recht sei lediglich als utiliter agere suo nomine aufzufassen, die actis directa alieno nomine sei nicht mehr praktisch. Er fährt dann fort S. 437: „In jeder anderen Beziehung ist also das römische Recht, als nicht auf positive Vorschrift, sondern auf der Natur der Sache beruhend, noch heute anwendbar.“

meinrechtlichen Praktikern und zwar auf ein deutsches Gewohnheitsrecht zurückgeführt[1]), und vor allen finden wir sie in den neueren Kodifikationen[2]).

Es schien eine Zeit lang, als ob sich diese deutsche Praxis gegenüber dem starken, wissenschaftlichen Angriff nicht werde halten können, doch ist heute die herrschende Meinung zu ihr zurückgekehrt[3]).

Das Reichsgericht hat seinen Standpunkt in Bezug auf diese Frage wie folgt erklärt (Entsch. 4, 115):

„Es ist dem Berufungsgerichte darin beizutreten, dass nach der Entwickelung der Lehre von der Cession der Forderungen im heutigen Rechte, nach der im heutigen Verkehrsleben herrschenden und auch in der Doktrin und Praxis zur Anerkennung gelangten und in der neueren Gesetzgebung zur Geltung gebrachten Rechtsauffassung, für das heutige Recht der mit dem Begriff und Wesen des Forderungsrechtes wohl verträgliche Satz angenommen werden muss, dass durch die Cession eine Sondernach-

---

1) Schilter: Praxis juris Romani in foro Germanico t. II exerc. 30 §§ 64 ff. „Ex quibus conficitur moribus et usu fori nostri, venditionem et cessionem jurium plene transferre dominum et absque mandato, atque efficere cessionarium non procuratorem tantum in rem suam, sed plene dominum, absque reservatione actionis seu juris directi . . . . . Ac jus Romanum hac in parte non mutatum sed haud receptum dici debet, ita, ut ab allegante receptionem, ea probari debeat, cum usus fori sit contrarius. — Unde et illud porro sequitur, ut non demum litis contestatio faciat dominum litis cessionarium, nec denuntiatio demum cedenti adimat jus exigendi, Sed ipsum factum cedentis ac tradentis jus agendi simpliciter et absque reservatione, erb- und eigentümlich.

2) Allgem. Landrecht I, 11, § 376; österr. Gesetzb. §§ 1392, 1395 code civ. art. 1689. B.G.B. f. Sachsen §§ 953, 967.

3) Windscheid, Pandekten II, § 329, bes. Anm. 9. Dernburg, Pandekten II, § 48. Vergl. Motive zum Entwurf § 293.

folge in die Schuld herbeigeführt wird, und dass der Übergang des abgetretenen Forderungsrechtes von dem Cedenten auf den Cessionar mit dem Akt der Cession sich derart vollzieht, dass der bisherige Gläubiger ohne Weiteres, namentlich also ohne Hinzutreten einer Denuntation an den Schuldner, aufhört Gläubiger zu sein und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an dessen Stelle tritt und dass die Denuntiation nur von Bedeutung ist für die Befugnis des Schuldners, an den ursprünglichen Gläubiger mit befreiender Wirkung Zahlung zu leisten“ [1] [2]).

Der Cession entspricht die Schuldübernahme. Gleichwohl bleibt letztere hier unerörtert, weil „Cession“ so sehr technischer Ausdruck für die Übertragung der aktiven Seite der Forderungsrechte ist, dass die Schuldübernahme nicht mehr als im Rahmen der zu behandelnden Aufgabe befindlich erscheint.

IV. Abschnitt.

Beschränkungen der Cessibilität der Forderungsrechte.

§ 13.

Die Cession bewirkt Sondernachfolge nur in die aktive Seite eines obligatorischen Verhältnisses.

Bisher handelte es sich darum, festzustellen, ob eine Sondernachfolge in Forderungen überhaupt stattfinde. Jetzt wollen wir versuchen, auf die Frage Antwort zu geben, welche Forderungen eine solche Sondernachfolge zulassen.

1) Dasselbe Erkenntnis bei Seuffert, Archiv 37, 19; siehe ferner 31, 110; 47, 266. (Der Erlass der cedierten Forderung durch den Cedenten befreit den Schuldner nicht gegenüber dem Cessionar).

2) So auch der Entwurf I, § 293; desgleichen II, § 342.

Folgender Satz ist hierbei an die Spitze zu stellen.

Die Cession umfasst nur die aktive Seite eines Rechtsverhältnisses. Das Forderungsrecht, nicht das Rechtsverhältnis selbst ist übertragbar[1]).

Lasse ich mir zum Beispiel die Klage auf Zahlung des Kaufpreises cedieren, so werde ich dadurch Gläubiger dieser Forderung, aber nicht Verkäufer, übernehme dadurch nicht irgend welche Pflichten, welche auf dem Verkäufer lasten. Wir haben es hier indessen nicht mit einer besonderen Beschränkung der Cessibilität zu thun, sondern mit einer Konsequenz, die sich aus dem Wesen der Cession als Nachfolge in die Rechte, nicht in die Gesamtbeziehungen ergibt.

Aus dieser Formulierung der Cession als Übertragung nur der aktiven Seite einer Obligation ergibt es sich, dass es für die Frage nach der Cessibilität gleichgültig sein muss, aus welchem Rechtsgrund die Forderung entstanden ist. Mag sie in Vertrag, Delikt[2]) oder ungerechtfertigter Bereicherung, im Familien- oder im Erbrecht[3]), im privaten oder im öffentlichen Rechte[4]) [5]) ihren Ursprung haben,

---

1) Mühlenbruch, a. a. O. S. 245. Puchta, kl. civ. Schriften S. 464. Attenhofer: Der Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationen-Recht. Zeitschrift für schweizer. Recht; 26. Band (N. F. 4. Bd.), Heft 2, S. 186.

2) Vergl. l. 14 pr. D. de furtis 47, 2. l. 35. § 4 D. de contr. empt. 18, 1. l. 38, § 1 D. de solut. 46, 3. l. 7, § 1 D. commodati 13, 6. Auch Forderungen aus Interdikten sind cessibel. l. 16, § 4 D. de hered. pet. 5, 3. l. 13 § 12 D. de act. empt. vend. 19, 1. Dem steht nicht entgegen l. 18 D. de vi armata 43, 16; vergl. Mühlenbruch, a. a. O. 277 ff.

3) l. 7, l. 11 D. de hered. vel act. vend. 18, 4.

4) l. 24 pr. D. de minor. 4, 4.

5) Die sehr bestrittene Frage, wie weit mit den Forderungen ihre Vorzüge übergehen, kann als nicht zum Thema gehörig un-

in allen Fällen ist das zu Grunde liegende Verhältnis gleich unübertragbar. Es ist daher nicht einzusehen, wie sich als Folge der Verschiedenheit des Ursprungs eine Verschiedenheit der Übertragbarkeit der Forderungsrechte ergeben sollte.

§ 14.

Die Regel: quod est transmissibile, id est cessibile.

Man hat versucht, über die Cessibilität der Forderungsrechte allgemeine äussere Regeln aufzustellen. Es lag hierbei nahe, die Übertragbarkeit von Todeswegen als Analogie zu verwenden. So lehrt in der That die Glosse[1]) und im Anschluss an sie Bartholus[2]):

„Quae non sunt transmissibilia ad heredem. per cessionem non transeunt.“

In positiver Form spricht denselben Gedanken aus Alphonsus de Olea[3]):

„Quod est transmissibile, id est cessibile.“

Die genannten Regeln blieben gemeine Meinung, bis Cocceji in seiner Schrift „de cessione eorum. quae ad heredem non transeunt“[4]) die Unzulässigkeit einer so allgemeinen Übertragung der Rechtsregeln aus dem Gebiete der Universalsuccession auf das der Sondernachfolge nachwies[5]).

„Fatemur fragiles nobis et lubricas videri illas regulas, quibus argumentum ab una materia ad aliam duci

---

behandelt bleiben. Vergl. darüber Windscheid, § 332, 2. Dernburg, Pandekten II, § 51, Anm. 6. Mühlenbruch, a. a. O. S. 283 ff. Puchta, a. a. O. S. 483.

1) Glosse ad l. 24 pr. de minor. 4, 4.

2) ad l. 42 (43) D. de administr. et periculo tutorum 26, 7.

3) tractatus de cessione jurium et actionum tit. 3 quaest. 8.

4) Dissertationes Vol. II disput. 65.

5) a. a. O. cog. 3, § 1.

deberi, generaliter traditur, ideo quod aliqua inter eos appareat esse similitudo etsi principiis dissideant.“

Durch die angeführte Schrift Cocceji's ist der angebliche Rechtssatz als aus der Welt geschafft zu betrachten.

§ 15.

Für die Übertragbarkeit ist der Grad der Sicherheit der zu cedierenden Forderung unwesentlich. Cession von Solidar- und Alternativobligationen.

Nach Beseitigung der alten schematischen Regel war man bemüht, die Rechtssätze über den Gegenstand der Cession aus dem Wesen derselben abzuleiten.

Wir müssen hier zuerst den Satz betonen, dass es für die Übertragbarkeit einer Forderung gleichgültig ist, wie weit dieselbe rechtlich gesichert erscheint.

Früher allerdings bezweifelte man, ob Forderungsrechte, für welche noch nicht einmal der Grund gelegt sei, übertragbar wären.

Man führte aus, eine blosse Hoffnung gehöre nicht zum Vermögen des Menschen [1]), so sage auch das Recht — l. 26 D. de damno infecto 39, 2 —; durch den blossen Verlust einer Hoffnung erleide man keinen Schaden. Aber hieraus folgt, wie Mühlenbruch, a. a. O. S. 261, zutreffend sagt, für unseren Satz nichts weiter, „als dass der Cessionar nur unter der Voraussetzung, wenn die Hoffnung zur Wirklichkeit wird, das Recht wirklich erwerben könne. Die Möglichkeit einer Veräusserung selbst ist aber keineswegs dadurch bedingt, dass ein Recht zum gegenwärtigen Vermögen des Veräussernden wirklich gehöre.“

1) Meyerfeld, Lehre von der Schenkung Bd. 2 S. 4 Anm. 10. Siehe darüber Mühlenbruch, a. a. O. S. 261. — Attenhofer, a. a. O. S. 224.

Wir finden unseren Satz in den Quellen zwar nicht ausdrücklich bestätigt. Die gewöhnlich dafür angeführten Stellen[1]) können ebenso gut von Forderungen verstanden werden, zu welchen ein Grund schon gelegt ist[2]).

Allein die unzweifelhafte Thatsache, dass man das ganze Vermögen, das gegenwärtige sowohl wie das zukünftige, verpfänden kann[3]), lässt mit Sicherheit auf unseren Satz schliessen[4]). Dieses einmal zugegeben, wird man die Cessibilität von bedingten und befristeten Forderungen ohne weiteres zugestehen müssen[5]).

Auch dadurch, dass die Forderung einem zweiseitig-lästigen Vertrage entspringt, wird der Cession kein Hindernis in den Weg gelegt, nur kann natürlich der Cessionar seine Forderung erst verwirklichen, wenn gleichzeitig die Gegenforderung des Cessus befriedigt wird[6]).

Schwierig kann das Verhältnis zwischen Cedenten und Cessionar bei der Übertragung von Solidar-[7]) und Alternativ-Obligationen werden.

---

1) l. 34, § 1 D. de contr. empt. 18, 1. l. 3 C. de donat. 8, 53 (54) „Spem futurae actionis . . . . . posse transferri".

2) Windscheid II, § 335, Anm. 2.

3) l. ult. C. quae res pignori oblig. poss. 8, 16 (17).

4) Windscheid II, § 335, Anm. 10. — Dernburg, Pandekten II, § 50. — Mühlenbruch, S. 262. — Schmid II, S. 284. — Reichsgericht bei Seuffert 38, Nr. 325. — A. M. Förster-Eccius I, § 99, III.

5) Seuffert, Archiv 13, 89; 14, 223; 34, 109.

6) Windscheid, § 335, Anm. 4. — Dernburg, Pandekten § 50, Abs. 1 und Anm. 3. — Attenhoffer, a. a. O. S. 186 ff. — Plenarbeschluss des preuss. Obertribunals vom 16. Januar 1846 (Justizministerialblatt für preuss. Gesetzgebung und Rechtspflege. Jahrg. 8, S. 34). — Motive zum Entwurf § 295. — Reichsoberhandelsger. 12, S. 77; Reichsger. 6, Nr. 116; 13, Nr. 7.

7) Ein Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen im engeren Sinne tritt auf diesem Gebiete nicht hervor. Vergl. Attenhofer, a. a. O. S. 216.

Bei der aktiven Solidarobligation und bei der passiven, soweit das Recht gegen alle Schuldner übertragen werden soll, erledigt sich die Sache noch einfach. Wenn A, der mit B und C zusammen solidarisch berechtigt ist, sein Forderungsrecht auf den D überträgt, so sind von nun an B, C und D correi, und A hat nichts mehr zu fordern. Im zweiten Falle tritt der Cessionar in das gesamte Forderungsrecht ein. Bestritten wird das Verhältnis erst, wenn der Cedent A sein Recht gegen einen der Solidar-Schuldner dem B überträgt, seine Forderung gegen den anderen aber sich vorbehält.

Die Möglichkeit einer derartigen Übertragung leugnet Fritz, „der Musterfall der römischen Korrealobligation“ [1]), dagegen hat neuerdings das Reichsgericht in ausführlicher Begründung diese Teilcession für zulässig erklärt [2]).

Die Streitfrage selbst liegt ausserhalb des Gebietes dieser Arbeit. Wir mussten sie hier berühren, weil wir später von einem andern Gesichtspunkte aus auf sie zurückgeführt werden.

Die Übertragbarkeit von Alternativobligationen mit Wahlrecht des Schuldners ist unbezweifelt. Anders, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht.

Die Cessibilität für diesen Fall spricht deutlich aus l. 75, § 3 D. de legatis I:

„Si quis ita stipulatus: „Stichum aut decem, utrum ego velim“ legaverit, quod ei debebatur, tenebitur heres ejus, ut praestat legatorio actionem, electionem habituro, utrum Stichum an decem malit.“

Dagegen scheinen folgende Stellen das Wahlrecht für ein höchst persönliches zu erklären, l. 76 pr. de V. O. 45,1:

1) Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess, Neue Folge, Bd. 19, S. 65.

2) Reichsgericht Bd. 32, S. 314; ebenso der oberste bayerische Gerichtshof. Seuffert's Archiv 36, Nr. 24; auch Attenhofer, a. a. O. S. 217—223.

„Si stipulatus fuero „illud vel illud, quod ego voluero“ haec electio personalis est et ideo servo et filio talis electio cohaeret: in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore“;

entsprechend lautet l. 141 pr. eod.:

„Si servus aut filius familias ita stipulatus sit „illam rem aut illam, utram ego velim?“ non pater dominusve sed filius servusve destinare de alterutro debet.“

Aber wie Mühlenbruch überzeugend nachweist, wollen diese Stellen keineswegs den obigen Satz lehren, sondern sie sprechen nur aus, dass das Wahlrecht als faktische Befugnis dem Hausuntergebenen selbst und nicht ipso jure dem Gewalthaber desselben erworben würde[1]).

Wenn wir nun gesehen haben, dass die Alternativobligation, als Ganzes eine Übertragung zulässt, tritt uns jetzt die Frage entgegen, ob auch eine Alternative ohne die andere abtretbar sei.

Für den Fall, dass dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, geben uns die Quellen auch über diese Frage Aufschluss[2]). Eine entsprechende Entscheidung für den Fall, dass der Gläubiger wahlberechtigt ist, ist mir nicht bekannt[3]). Wenn wir aber das Verhältnis an sich betrachten, so scheint einer solchen Cession nichts im Wege zu stehen. Die rechtliche Lage des Schuldners bleibt unverändert, und die Unsicherheit der Stellung des neu eintretenden Gläubigers kann uns nach dem, was wir oben bezüglich

1) Mühlenbruch 264—276, wo auch ausführlich über die Geschichte der Streitfrage berichtet wird; ferner Schmid, a. a. O. Bd. 2, S. 101. — Koch: Übergang der Forderungsrechte S. 57. — Savigny, Obligat.-Recht I S. 397. — Vangerow, Pandekten III S. 21. — Attenhofer, a. a. O. S. 291 ff.

2) l. 75, § 4, D. legatis I.

3) Vergl. Dernburg, Pandekten III, § 112, Anm. 10.

der Cession von zukünftigen Forderungen und von Rechten gegen einzelne Solidarschuldner gesehen haben, nicht zweifelhaft machen. Das Verhältnis zwischen Cessionar und Cedent wird sich im Einzelfall nach dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft regeln.

Über eine der unserigen verwandte Frage hat das Oberlandesgericht in Hamburg entschieden (Seufferts Archiv 41 Nr. 318). Es handelt sich dort um den Fall, dass eine Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers, bei welcher aber nur die eine Alternative übertragbar ist, cediert werden soll.

Es heisst in jenem Erkenntnis:

„Erfolgt gleichwohl die Cession, so liesse sich vielleicht die Sache so auffassen und aufrecht erhalten, dass in der Cession zugleich die Ausübung des Wahlrechtes des Cedenten zu Gunsten der übertragbaren Alternative erblickt würde“ [1] [2]).

Die Frage nach der Übertragbarkeit von Naturalobligationen und von dinglichen Rechten kann hier unberücksichtigt bleiben, ebenso diejenigen Cessionsbeschränkungen, welche Mühlenbruch als relative, das heisst nur gewissen Personen gegenüber wirksame bezeichnet, zum Beispiel Verbot der Cession an potentiores, ferner die durch Richterspruch entstandene, und endlich die neuerdings aus sozialpolitischen Gründen eingeführten Beschränkungen der Übertragbarkeit.

---

1) Vergl. auch Seuff. Archiv 9, 28, Kollision der Rechte des Cedenten eines Forderungsteiles und der des Cessionars.

2) Wie oben (§ 9) gezeigt, haben wir es im gemeinen Rechte bei der Konventionalstrafe mit eigentlichen Alternativobligationen nicht zu thun, anders nach dem Rechte des Entwurfs. Für die Frage nach der Cessibilität dürfte indessen der hier bezeichnete Unterschied nicht in Frage kommen.

Für die Frage nach der Cessibilität der Konventionalstrafen sind diese Rechtssätze unerheblich[1]). Eine um so grössere Bedeutung haben folgende Beschränkungen der Übertragbarkeit, die sich aus der Natur der Cession selbst ergeben.

§ 16.

Forderungen, die keine Vermögensobjekte darstellen, lassen eine Übertragung nicht zu.

Wir haben oben gesehen, dass die Anerkennung der Sondernachfolge in eine Forderung um deswillen bei den Römern Schwierigkeiten fand, weil es sich bei einer Forderung nicht nur um ein Vermögensobjekt, sondern auch um eine Beziehung zweier Personen handelt, ein Verhältnis, das durch die Ersetzung einer dieser Personen durch eine andere notwendiger Weise eine Veränderung erleiden muss.

Wo nun das erste dieser Momente, die Eigenschaft als Vermögensobjekt als die Hauptsache erscheint, da hat schon das römische und in höherem Masse noch das moderne Recht den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung getragen; im anderen Falle dagegen ist es auch heute noch bei der Unübertragbarkeit geblieben[2]).

---

1) Ebenso ist es mit folgender selbstverständlichen Regel, dass Forderungsrechte, die zu ihrer Geltendmachung eine bestimmte rechtliche Eigenschaft des Berechtigten voraussetzen, z. B. Eigentum am herrschenden Grundstück bei Forderungen auf Bestellung einer Prädialservitut — nur an solche Personen übertragen werden können, welche jene Eigenschaften besitzen.

2) Die Unübertragbarkeit der actionis populares kann, als auf besonderem Grunde beruhend, hier unberücksichtigt bleiben. Vergleiche darüber Mühlenbruch S. 293, 294.

Aus diesem Grunde ist die Cession ausgeschlossen bei denjenigen Ansprüchen, welche nicht den Zweck haben, den Gläubiger zu bereichern, sondern ein berechtigtes Rachegefühl desselben zu befriedigen; es sind dieses die actiones vindictam spirantes einschliesslich der querella inefficiosi testamenti und der actio revocatoria des Schenkers gegen den undankbaren Beschenkten[1]).

Diese Klagen gehen zwar auf ein materielles Gut, aber der Erwerb desselben ist nicht Zweck der Klage, sondern nur Mittel zur Erreichung eines anderen Zweckes. (Vergl. darüber Cicero, oratio pro Coccius cap. 12 i. f.):

„Actio enim injuriarum non jus possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis judicio poenaque mitigat[2])."

Mühlenbruch drückt das hier in Betracht kommende Verhältnis mit den Worten aus[3]), es sei zu unterscheiden:

„ob das Recht selbst, oder der Gegenstand des Rechtes eine Abschätzung in Geld zulasse." Eine geschäftsmässige Ausnutzung solcher Rechte durch Cession ist mit dem Zwecke derselben unvereinbar und darum unzulässig[4]).

---

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 295—302.

2) Vergl. auch l. 28 V. de injur. 47,10. l. 32 pr. D. ad legem Falc. 35, 2. l. 5 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

3) a. a. O. S. 293.

4) So auch die herrschende Meinung. Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 293. — Dernburg, Pandekten II § 50, Anm. 4. — Windscheid, Pandekten II § 335 1 a. — Attenhofer a. a. O. S. 206 ff. A. M. Gl. ad legem ult. C. de hered. vel act. vend. 4, 39. Cocceji, a. a. O. § 24: „Nec officit eam ad vindictam tendere, quae quid personale, nec in bonis esse videtur: causa enim, quae ceditur, est poena pecuniaria, quae hac actione petitur."

§ 17.

Die Cession ist ausgeschlossen, wo sich durch Substituierung eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung ändern würde[1]).

Bei manchen Forderungen kann die Person des Gläubigers dem Schuldner ziemlich gleichgültig sein. Ob ich eine Geldsumme dem A oder dem B zahlen muss, ein opus locatum dem Einen oder dem Anderen abzuliefern habe, berührt mich wenig. Anders ist es bei denjenigen Leistungen, welche eine nahe persönliche Beziehung zwischen Geber und Empfänger — man denke einmal an den Lehrvertrag — herbeiführen. Der Leistungsinhalt ist hier in einem so hohen Masse von der Persönlichkeit des Gläubigers abhängig, dass ein Wechsel in derselben, die Leistung zu einer völlig anderen macht. Wie weit bei den einzelnen Obligationen die Rücksicht auf die Individualität der Kontrahenten, wie weit die Eigenschaft als Vermögensobjekt überwiegt, wird sich im allgemeinen[2]) nicht feststellen lassen; die Frage ist nur für den einzelnen Fall zu entscheiden. Wo aber das erstere Moment das massgebende ist, da ist auch die Cession ausgeschlossen.

Aus unserem Gesichtspunkt erklärt es sich, dass Rechte auf Bestellung eines Niessbrauchs und auf sogenannte unmittelbare Alimentation[3]). Forderungen aus einem pactum

---

1) Darüber, dass dieser Ausdruck nicht ganz scharf vergl. oben § 12. Er ist aber der hergebrachte. Vergl. Windscheid, Pandekten II. 335 Anm. 4.

2) Vergl. hierüber Attenhofer a. a. O. S. 187 bis 203. — Mühlenbruch S. 306—323. — Windscheid § 335 Anm. 3 — Dernburg II 50, 1.

3) Mühlenbruch S. 329—331; Puchta, kl. civ. Schriften Nr. 27 S. 466. — Windscheid § 335 Anm. 6. — Dernburg, Pandekten II § 50 Anm. 4. — Reichsgericht Bd. 4 S. 137.

de mutuo dando [1]) und überhaupt — für die Regel wenigstens — aus einem pactum de contrahendo [2]) eine Übertragung nicht zulassen.

In allen diesen Fällen hat sich der Schuldner bei Wahl seines Gläubigers vorgesehen. Man kann ihm nicht zumuten, sich an Stelle der ihm bekannten Persönlichkeit eine andere, ihm unbekannte substituieren zu lassen. Der Inhalt der Leistung selbst würde hierdurch zu seinem Nachteile verändert werden.

Wir sind hiermit in das Gebiet einer neuen Rechtsregel eingetreten. Da sich nämlich die Cession ohne Mitwirkung des Schuldners, lediglich zwischen Cedent und Cessionar vollzieht, braucht es der Cessus nicht zu dulden, dass sich die Leistung für ihn erschwere.[3])

§ 18.

Vertragsmässiges Cessionsverbot.

Es liegt hier die Frage nahe, ob der Schuldner die Möglichkeit hat, allen Nachteilen, welche für ihn aus der Cession entstehen können, — man denke an Kreditgefährdung, an die Gefahr bei Vereinigung aller Forderungen in einer Hand — ein für alle Mal durch vertragsmässiges

---

1) Seuffert's Archiv 19, 35; 25, 19.

2) Degenkolb, Archiv für civil. Praxis 71 S. 78. Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag.

3) Windscheid 335, 2; so auch das Allgem. Landrecht Tl. 1 Tit. 11 § 408. Nur in bezug auf den Leistungsinhalt darf die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden. Mühlenbruch a. a. O. 582. „Übrigens kann ein jeder Cessionar von denjenigen ihm für seine Person zustehenden Rechtswohlthaten vollständigen Gebrauch machen, welche mit der abgetretenen Forderung an und für sich in keiner Verbindung stehen, sondern blos mit der Art und Form der Geltendmachung zusammenhängen. So auch Seuffert's Archiv 10 Nr. 250; 34 Nr. 111.

Cessionsverbot vorzubeugen. Quellenstellen über diese Frage fehlen[1]). Es ist hierbei nicht zu übersehen, dass durch die Gültigkeit eines solchen Verbotes der Verkehr mit Forderungen wesentlich gefährdet wird, und dass ein analoges Verbot im Sachenrecht, das pactum de non alienando, eine absolute Wirkung nicht hat[2]).

Aber wenn man bedenkt, dass das Recht des Gläubigers nur dadurch zu Stande kommt, dass ihm der Schuldner eine Befugnis über sich einräumt, so ergiebt sich daraus, dass der Schuldner auch die Moglichkeit haben muss, die Grenzen dieser Befugnis festzustellen, also zum Beispiel die Übertragbarkeit auszuschliessen. Hier zeigt sich gerade der Unterschied zwischen dinglichen und Forderungsrechten. In der obigen Weise Parallelen zwischen beiden Rechtsgebieten zu ziehen, ist unzulässig[3]).

Im ersten Entwurf erscheint auf Grund des oben angedeuteten Gedankenganges das Forderungsrecht so weit „versachenrechtlicht“[4]), dass dem vertragsmässigen Cessionsverbot die absolute Wirkung genommen ist, Ent-

---

1) Dernburg, Pandekten 50 Anm. 5.

2) Aus den angeführten Gründen will L. Seuffert, Archiv für civ. Praxis Bd. 51 Nr. 6 S. 102, ein solches vertragsmässiges Cessionsverbot nicht gelten lassen. Aus mehr formellen Gründen ist gegen die Gültigkeit Seuffert, Archiv 5 Nr. 11. Vergl. auch daselbst 36 Nr. 271.

3) So auch Mühlenbruch a. a. O. S. 307, II, 1. — Windscheid, Pandekten II § 335 Anm. 5. — Sintenis, gem. Civ.-Recht Bd. II § 128 S. 799. — Stegemann, pactum de non cedendo. Archiv für civ. Praxis Bd. 67, 8 S. 315. — Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. Archiv für civ. Pr. Bd. 63 S. 161. — Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrecht II S 179. — Seuffert, Archiv 39, 96; 40, 192.

4) Motive zu § 295 S. 123.

wurf II ist jedoch von diesem Standpunkt wieder zurückgekommen[1]).

§ 19.

Selbständige Cessibilität der Zinsforderung.

Uns bleiben hier endlich die Cessionsbeschränkungen zu berücksichtigen, welche in der Unselbständigkeit gewisser Forderungen ihren Grund haben.

Unter dem Namen von accessorischen Rechten fasst die Theorie unter einander sehr verschiedene Dinge zusammen, so dass es nicht möglich ist, in Bezug auf die selbständige Übertragbarkeit Regeln aufzustellen, welche alle hierher gehörigen Fälle umfassen. Wir nehmen hier aus den sogenannten accessorischen Rechten diejenigen, welche für unseren Fall die wichtigsten sind, heraus, um sie einzeln zu betrachten, Zinsen, Bürgschaft und Pfandrecht.

An der selbständigen Übertragbarkeit des Anspruches auf vertragsmässig festgesetzte Zinsen zu zweifeln, ist kein Grund vorhanden. Durch ein selbständiges Rechtsgeschäft begründet, sind sie von der Hauptverbindlichkeit nur insofern abhängig, als sie nur während der Dauer der Hauptverbindlichkeit laufen. Der einmal begründete Anspruch dagegen erlischt nicht durch deren Wegfall[2]). Abhängig ist er in seinem Entstehen, nicht in seinem Bestehen.[3])

Die Rechtsvermutung ferner, dass mit der Hauptforderung der Anspruch auf künftig verfallende, nicht

---

1) § 343.

2) So wenigstens für das heutige Recht. In Rom kam es darauf an, ob die Zinsforderung pacto adjecto oder durch selbständig klagbaren Vertrag begründet war.

3) Brinz, Pandekten II § 264.

aber auf bereits verfallene Vertragszinsen ohne weiteres mitübertragen sei[1]), gilt nur, sofern nicht Parteiabrede das Gegenteil festsetzt[2]).

Anders steht es mit den gesetzlichen Zinsen. An eine selbständige Cession derselben konnte in Rom bei deren „formellen Accessorietät"[3]) nicht gedacht werden. Wenn nicht einmal der Gläubiger selbst solche Ansprüche ohne die Hauptforderung geltend machen konnte, so konnte er dieselbe ohne das Hauptrecht einem Dritten noch viel weniger abtreten. Controvers konnte unsere Frage erst werden, seitdem man anfing, an dem Dogma der formellen Accessorietät zu zweifeln[4]).

Von diesem neuen Standpunkt aus ist wenigstens die formelle Möglichkeit einer besonderen Cession gegeben, und unbedenklich wird zu sagen sein, dass die bereits verfallenen Verzugszinsen eine Erweiterung der Hauptverbindlichkeit bilden, und dass in der abgesonderten Abtretung des Anspruches auf dieselben eine zulässige Teilcession liegt[5])[6]).

Ist die Frage anders zu beantworten hinsichtlich der noch nicht verfallenen Verzugszinsen?

So geschieht es bei Förster-Eccius[7]), und zwar aus

1) Seuffert 11, 226; 36, 272.

2) Attenhofer a. a. O. S. 245.

3) Brinz, Pandekten § 244; Puchta, Pandekten § 227.

4) Vergl. Randa, Lehre von den Zinsen der Konventionalstrafe, Wien 1869. — Seuffert's Archiv 36, 16.

5) Förster-Eccius I § 99 S. 646. — Seuffert, Archiv 36, 272.

6) Über die Rechtsvermutung, dass mit dem Hauptrecht auch das Recht auf bereits verfallene Verzugszinsen cediert sei, ist dasselbe zu sagen, wie oben betreffs der entsprechenden Rechtsvermuthung bei den vertragsmässigen Zinsen.

7) Preuss. Pr. I § 99 S. 646.

dem Gesichtspunkt, dass das Entstehen der Forderung auf Verzugszinsen in diesem Falle noch völlig ungewiss sei. „Es besteht kein Rechtsverhältnis, aus dem ihr künftiges Entstehen ohne weiteres folgt, es besteht lediglich die Möglichkeit, dass sie erwachsen.“

Wir haben oben nachzuweisen gesucht, dass auch die „spes futurae actionis“ rechtsgültig abgetreten werden könne[1]), und „dass es nicht darauf ankomme, ob ein Recht zum gegenwärtigen Vermögen des Cedenten wirklich schon gehöre, sondern darauf, ob ein Recht überhaupt als Vermögensobjekt angesehen werden könne“[2]). Von diesem Standpunkt aus ist nun nichts gegen eine selbständige Cession der Verzugszinsen auch vor ihrer Verwirkung einzuwenden. Wir kommen zu dem Ergebnis, dass Zinsforderungen stets ohne die Hauptverbindlichkeit übertragbar sind[3]).

§ 20.

Selbständige Cessibilität der Bürgschaftsforderung.

Wir kommen jetzt zu der Frage, ob es möglich ist, die Forderung aus der Bürgschaft ohne die Hauptverbindlichkeit abzutreten. Für das preussische Recht wird dieses allgemein verneint[4]), im gemeinen Rechte ist die Sache bestritten[5]). Dieser Umstand muss uns einen Finger-

---

1) Siehe oben § 15.

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 261.

3) Dernburg, preuss. Privatr. II § 83, 2.

4) So Reichsgericht 15 S. 278. Vergl. Dernburg, preuss. Privatr. Bd. 2 S. 192, 702. — Förster-Eccius Bd. 1 S. 645. — Koch, Übergang der Forderungsrechte S. 85. — Striethorst, Archiv 65, 229.

5) Vergl. einerseits Puchta: kl. civil. Schriften S. 469; Vangerow, Pandekten III S. 119, 120. — Sintenis, prakt.

zeig geben zur Beurteilung der gemeinrechtlichen Kontroverse.

Betrachten wir uns einmal die Beweisführung derjenigen Schriftsteller, welche die selbständige Übertragbarkeit der Forderung aus der Bürgschaft behaupten.

„Was aber den fidejussor anlangt" — sagt Puchta, und seine Gedanken sind im wesentlichen von den anderen genannten Schriftstellern aufgenommen worden[1] —

„so hat dieser als Nebenschuldner die Verbindlichkeit des Hauptschuldners übernommen, seine Leistung, die mit der Klage aus der Bürgschaft gefordert wird, besteht darin, dass er die Schuld des Hauptschuldners zahle. Eine Cession der Forderung gegen den Bürgen ist also nur möglich, insofern an den Cessionar die Hauptschuld gezahlt werden kann, also wenn ihm auch die Hauptforderung in soweit wenigstens cediert ist, als sie in der gegen den Bürgen geltend gemacht wird. Dieses ist denn auch als die stillschweigende Intention bei der Cession der Klage gegen den Bürgen anzunehmen. Eine Befugnis zur abgesonderten Geltendmachung der Klage gegen den Hauptschuldner ist darum keineswegs gegeben";

---

gem. Civilrecht II § 813. — Windscheid, Pandekten § 335, 1 — Attenhofer a. a. O. S. 246 ff. — G. L. Böhmer: Auserlesene Rechtsfälle Bd. 1 Nr. 15: de concursu duorum cessionariorum quorum alteri debitor principalis, alteri accessorius cessus est. unter Nr. 8; andererseits: Mühlenbruch § 428. — Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 1 S. 608. — Petersburg. Pandekten II § 30 Nr. 2.

[1] Auf einem prinzipiellen abweichenden Standpunkt steht allerdings Windscheid. Er fügt indessen seiner Behauptung der selbständigen Cessibilität der Bürgschaftsforderung überhaupt keine Begründung hinzu.

und zur Cession des Pfandrechtes ohne die versicherte Forderung übergehend, fährt er fort:

„der Cessionar fordert und sucht mit der actio hypothecaria die Befriedigung der Forderung des Cedenten; diese ist es, welche er mit der Pfandklage geltend macht und die durch die Ausübung des Pfandrechtes befriedigt wird. Die Summe, welche der Cessionar dadurch erhält, verwendet er sodann vermöge seines Verhältnisses zu dem Cedenten zur Tilgung seiner eigenen Forderung.“

Vom Standpunkt des reinen römischen Rechtes aus, nach welchem der Cedent trotz der Cession fortfährt, Gläubiger zu bleiben, dürfte gegen die Ansicht Puchtas nichts einzuwenden sein. Es ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger nicht ein Mandat habe erteilen können, die Forderung aus der Bürgschaft einzuziehen. Das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenforderung wurde hierdurch keineswegs zerrissen, denn der Cedent blieb nach wie vor Gläubiger beider Verbindlichkeiten. Ja auch die Quellen, obwohl sie unsere Frage nicht ausdrücklich entscheiden, lassen doch die Annahme Puchtas zum mindesten als sehr wahrscheinlich erscheinen.

Wenn es l. 23 D. de hereditate vel actione vendita 18, 4 heisst: „Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessorem hujus debiti, cedere debet, nisi aliud actum est“ [1]), so geht daraus einmal mit Sicherheit hervor, dass der Cessionar der Hauptforderung nicht ohne weiteres die zur Deckung derselben dienende Bürgschaftsforderung geltend machen kann, dass es vielmehr hierzu einer eigenen Übertragung

1) Vergl. l. 6 D. eod.

bedarf[1]), welche der Cessionar verlangen kann. Zweitens scheint aber daraus hervorzugehen, dass wenn die Übertragung der Nebenrechte nicht erfolgte, dem Gläubiger das Recht blieb, aus ihnen zu klagen.

Haben sich mit der Entwickelung, die das Institut der Cession im gemeinen Rechte durchgemacht hat, diese Verhältnisse geändert? Man kann dieses wohl nicht leugnen. Denn liesse man eine Nachfolge in das Recht aus der Bürgschaft, abgesondert von der Hauptforderung zu, so würden wir zu folgendem Ergebnis gelangen. Wir würden es mit einem Bürgen zu thun haben, welcher dem Gläubiger der Hauptverbindlichkeit schlechthin nichts mehr schuldet. Denn mit der Cession hört der Cedent auf, Gläubiger zu sein. Von einer Sicherung der Hauptverbindlichkeit durch die Bürgschaft ist infolge dessen nicht mehr die Rede.

Das hierdurch geschaffene Verhältnis wäre nicht nur sehr wenig praktisch, — diesen Fehler hat es mit dem für die Bürgschaftsforderung allein erteilten mandatum in rem suam gemeinsam[2]) — sondern es würde Begriff und Zweck der Bürgschaft vollständig widersprechen.

Wenn sich dennoch der Gläubiger eine derartige Befugnis zur selbständigen Cession der Bürgschaftsforderung vom Nebenschuldner einräumen lässt, so liegt bei der das Obligationenrecht beherrschenden Vertragsfreiheit hierin ein gültiges Rechtsgeschäft[3]), aber von einer Bürgschaft können wir in diesem Falle nicht mehr sprechen,

1) Später änderte sich dieses. In der Cession des Hauptrechtes war die des Nebenrechtes ohne weiteres eingeschlossen l. 17 C de O. et A. 4,10. Hiermit ist aber keineswegs ausgesagt, dass ein ausdrücklicher Vorbehalt der Nebenrechte unzulässig wäre.

2) Attenhofer a. a. O. S. 247.

3) Nach reinem römischen Rechte wäre ein solcher Vertrag ungültig gewesen; vergl. l. 42 D. de. fidejussoribus 461.

ebenso wenig, wie wir es Bürgschaft nennen würden, wenn A sich verpflichtet, für den Fall, dass der B dem C seine Schuld nicht zahlt, dieselbe Schuld mit befreiender Wirkung für B an den D zu entrichten.

Das Reichsgericht führt in Bezug auf unsere Frage aus[1]):

„Die Frage nach der selbständigen Cessibilität der accessorischen Rechte wird in der gemeinrechtlichen Theorie verschieden beantwortet . . . . Dieselbe Frage wird von den Schriftstellern des preussischen Rechtes durchgehend verneint . . . . Denn im Gebiete des Allgemeinen Landrechts besteht kein Zweifel darüber, dass durch die Cession der Übergang der Forderung selbst auf den Cessionar mit allen Wirkungen der Sondernachfolge, also auch der Wirkung herbeigeführt wird, dass der Cedent aufhört, Gläubiger zu sein, und der Cessionar als neuer Gläubiger an seine Stelle tritt (§ 339 des Allgemeinen Landrechts I, 14). Dieser Effekt, — dass nämlich der Cedent aufhört, Gläubiger zu sein und der Cessionar es anstatt seiner wird — kann aber nur erreicht werden bei Forderungsrechten, die ihrer Natur nach eine selbständige Geltendmachung gestatten, einen selbständigen Vermögenswert in sich schliessen, hingegen nicht bei solchen, welche dergestalt Accessorien anderer Rechte sind, dass sie von denselben nicht getrennt und der Disposition des Inhabers nicht wirksam entzogen werden können. Zu diesen lediglich accessorischen Rechten gehört nun unstreitig das Recht aus der Bürgschaft, auch aus der selbstschuldnerischen"[2]).

Dieselbe Unterscheidung, wie sie das angeführte Er-

1) Bd. 15 S. 278.

2) Zu demselben Ergebnis kommt das Erkenntnis des preuss. Obertribunals (Striethorst, Archiv Bd. 67 S. 229). Doch wird die Begründung desselben vom Reichsgericht a. a. O. verworfen.

kenntnis des Reichsgerichts andeutet, macht Unger in seinem „System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes“, wenn er lehrt[1]).

„da das Nebenrecht nur in Beziehung zu einem bestimmten Hauptrecht besteht, so geht es absolut und unbedingt auf jeden über, der das Hauptrecht erwirbt, vorausgesetzt, dass das Nebenrecht überhaupt ein übertragbares, nicht an die Person des Berechtigten gebundenes Recht ist. Der Berechtigte kann daher bei der Übertragung des Hauptrechtes das Nebenrecht nicht für sich zurückbehalten und kann ebenso wenig Einem das Hauptrecht und einem Anderen das Nebenrecht übertragen.“

In Anmerkung 16 wird dann gesagt:

„Wohl aber kann der Berechtigte sich oder einem Dritten die Ausübung des Nebenrechtes vorbehalten.“

Die Wirkungen einer solchen Übertragung der Ausübung sind unter Nr. 1 daselbst näher beschrieben.

Wir haben hier noch einem Einwand zu begegnen, den man unserem Satze entgegen zu halten pflegt[2]).

Man sagt, es sei doch zulässig, eine passive Solidarobligation nur hinsichtlich eines Teils dem Gesamtschuldner zu cedieren, während man sich die Forderung gegen den anderen Teil derselben vorbehält[3]). Nicht anders sei es bei der Bürgschaft, wo auch eine passive Solidarobligation vorliege.

Dem gegenüber ist zu bemerken, dass die beiden Verhältnisse wohl ähnlich, aber nicht identisch sind. Dort sind die Verpflichtungen der mehreren Schuldner einander

1) Bd. I § 66 Nr. 2.

2) Vangerow, Pandekten III S. 119. — Attenhofer a. a. O. S. 247.

3) Siehe oben § 15.

coordiniert, sie sind alle Hauptschuldner. Die Verpflichtung des Bürgen dagegen ist stets nur ein Accessorium der Hauptverbindlichkeit[1]). In diesem Umstande liegt der Grund für die verschiedene Behandlung beider Verbindlichkeiten.

§ 21.

Selbständige Cessibilität der Pfandklage.

Was für die Bürgschaft gesagt ist, ist in Bezug auf das Pfandrecht nur zu wiederholen. Wie dort ein Forderungsrecht gesichert erscheint durch ein anderes, so ist es hier ein dingliches Recht, welches diese Funktion übernimmt. Man hat indessen die Selbständigkeit der actio hypothecaria aus den Quellen auf zweierlei Art beweisen wollen.

Einmal soll Kaiser Gordian diesen Satz ausgesprochen haben mit den Worten[2]): „Intellegere debes vincula pignoris durare actione personali summota."

Mühlenbruch bemerkt hierzu[3]):

„Wäre dieser Satz buchstäblich zu verstehen, dass auch nach gänzlich weggefallener Schuldverbindlichkeit das zu deren Sicherheit errichtete Pfandrecht stets noch fortdauere, oder, was daraus folgen würde, dass das Pfandrecht nicht eigentlich ein accessorisches, sondern ein von der Hauptverbindlichkeit völlig unabhängiges Recht sei, so hätte Gordian hier eine Absurdität behauptet, wie es wohl nicht leicht eine zweite mehr giebt."

In der That ergiebt die Stellung des angeführten Gesetzes unmittelbar hinter dem Ausspruch:

---

1) Vergl. Dernburg, Pandekten II § 76. Brinz, Pand. II § 237.

2) l. 2 C. de luit. pig. 8, 30 (31).

3) a. a. O. S. 333.

„Qui pro parte heres exstitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest[1])“, dass in ihm nur der bekannte Satz von der Unteilbarkeit der Pfandhaftung ausgesprochen werden soll[2]).

Ein zweiter Beweis für die Selbständigkeit der actio hypotheca soll darin liegen, dass die Quellen wiederholt von einem pignoris pignus reden[3]).

Aber richtiger Ansicht nach wird bei diesem Verhältniss die actio hypothecaria gar nicht von dem versicherten Anspruche getrennt[4]).

Vergleichen wir die Resultate, zu welchen wir bei den Zinsen einerseits und bei Bürgschaft und Pfandrecht andererseits gelangt sind, so ergiebt sich, dass der Begriff der Accessorietät für die Frage nach der selbständigen Übertragbarkeit von Rechten unbrauchbar ist.

§ 22.

Stellung des preussischen Rechtes, des Handelsrechtes und des Entwurfes zu den Cessionsbeschränkungen.

Im obigen ist versucht worden, die Lehren des gemeinen Rechtes über die Zulässigkeit der Cession, soweit sie auf unsere Frage Bezug haben, wiederzugeben.

Das preussische Recht hat es mit denselben Schwierigkeiten zu thun, wie das gemeine und kommt im wesentlichen zu denselben Resultaten[5]). Das Handelsgesetzbuch

1) l. 1 C. de luit. pign. 8, 30 (31).

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 335.

3) Z. B. l. 40 § 2 D. de pig. act. 20, 1. l. 1 pr. C. si pign. pign. datum est 8, 23 (24).

4) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 336 ff. — Dernburg, Pandekten I § 293.

5) Vergl. Einleitung § 99 und Thl. I Tit. 14 § 382 des Allgemeinen Landrechts. — Dernburg, pr. Privatrecht II § 83. Förster-Eccius § 99, 3.

lässt es in Bezug auf unseren Gegenstand bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes[1]).

Der Standpunkt des Entwurfs ist folgender. § 293 Absatz 1 des ersten Entwurfs lautet:

„Eine Forderung, welche von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängt, oder bei welcher die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen Gläubiger verändert werden würde, ist nicht übertragbar[2]).

Hierzu bemerken die Motive:

„Nach dem prinzipiellen Standpunkt des Entwurfes können Nebenforderungen selbständig gerichtlich geltend gemacht werden. Hiernach können sie prinzipiell auch ohne die Hauptforderung übertragen werden.

Ausdrückliche Bestimmungen über die Abtretbarkeit des Anspruches auf eine Konventionalstrafe oder der Bürgschaftsforderung scheinen nicht geboten."

Nach Aufstellung des Satzes, dass nicht pfändbare Forderungen auch nicht übertragbar sind, fährt § 297 fort:

„Mit Übertragung der Forderung gehen die mit dieser zur Zeit der Übertragung verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger über, selbst wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs noch nicht eröffnet ist. — Ein Gleiches gilt von den mit der

---

1) Einzelne Bestimmungen über Gesellschaftsrecht siehe Artikel 98, 182, 183, 220. Artikel 299 Beseitigung der lex Anastasiana schlägt nicht in unser Gebiet.

2) Entwurf II § 343 Absatz 1 hat die Fassung: Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhaltes erfolgen kann." Doch ist durch diese Verkürzung materiell wohl mehr geändert.

Forderung verbundenen zum Verstärken derselben dienenden Nebenrechten“[1]).

Hierzu Motive:

„Übrigens enthält der zweite Satz des § 297 für den Fall der Abtretung keine lex absoluta; vielmehr kann im Einzelfalle, soweit dieses nach den Gesetzen möglich ist (vergl. bes. § 1086 Abs. 2) der Übergang der Nebenrechte ausgeschlossen werden.“

Der angeführte § 1086 Absatz 2 lautet:

„Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung abgetreten werden“[2]).

Für die Übertragung des Pfandrechtes dagegen bestimmt Entwurf I § 1186 Absatz 2:

„Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden“

und § 1190:

„Das Pfandrecht erlischt, wenn bei der Übertragung der Forderung das Pfandrecht ausgeschlossen wird“[3]).

Der Grund des Unterschiedes in der Behandlung von Hypothek und Pfandrecht ist nach den Motiven zu §§ 1189 bis 1193 folgender:

---

1) Entsprechend Entwurf II § 345: „Mit der abgetretenen Forderung gehen Hypotheken oder Pfandrechte, welche für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.“ Eine mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch von dem neuen Gläubiger geltend gemacht werden.

2) Vergl.: Entwurf II § 1060 Absatz 2 lautet wörtlich also.

3) Entsprechend Entwurf II § 1157: „Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden. Wird bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechtes ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht.“

„dass die Hypothek mittels Rechtsgeschäft nur unter Hinzutritt der Löschung untergehen darf. Eine entsprechende Rücksicht macht sich hier — beim Pfandrecht — nicht geltend, und es besteht kein Bedürfnis, der auf die Übertragung der Forderung ohne das Pfandrecht gerichteten, unter Umständen volle Berücksichtigung verdienenden Absicht des Gläubigers, die Anerkennung zu versagen. Die Zusammengehörigkeit der Forderung und des Pfandrechtes muss aber dann in der negativen Richtung sich bethätigen, dass das Pfandrecht erlischt, weil es ohne die Forderung nicht existieren kann.“

Über den Standpunkt des Entwurfs in Bezug auf das vertragsmässige Cessionsverbot ist oben (§ 18) berichtet worden.

V. Abschnitt.

Cessibilität der Konventionalstrafe.

§ 23.

Übertragbarkeit der Strafforderung mit dem Hauptrecht.

Die Anwendung der über die Zulässigkeit der Cession gefundenen Regeln auf das Rechtsinstitut der Konventionalstrafe muss ergeben, in wieweit die Strafforderungen übertragbar sind[1]).

1) Bereits in der Einleitung ist darauf hingewiesen, dass ich in der Litteratur des gemeinen Rechtes ausführliche Erörterungen über die Cessibilität der Konventionalstrafe nicht gefunden habe. Lediglich Notizen hierüber geben Nettelbladt: Der Strafvertrag nach gemeinem Recht S. 66 und Seuffert, Archiv 48, Nr. 176. Die Litteratur des preussischen Rechtes über unsere Frage wird in den nächsten Paragraphen herangezogen werden.

Zunächst ist darüber kein Zweifel, dass die Konventionalstrafe gleichzeitig mit der Hauptforderung abgetreten werden kann. Sie dient in diesem Falle dem neu eintretenden Gläubiger genau in derselben Weise, wie sie dem alten Gläubiger diente. Die Strafforderung für ein jus personalissimum, das schlechthin eine Übertragung nicht zulässt, zu halten, ist nach den obigen Ausführungen über diese Materie[1]) unzulässig[2]).

§ 24.

Übertragung der Strafforderung ohne das Hauptrecht nach Verwirkung der Strafe.

Kann aber die Forderung auf Konventionalstrafe auch ohne das Hauptrecht übertragen werden?

Betrachten wir zunächst, um mit dem Einfacheren zu beginnen, den Fall, dass die Abtretung geschah nach Verwirkung der Strafe.

Wie oben gezeigt, ist die Strafforderung von diesem Augenblicke an materiell unabhängig geworden und hat sich hiermit in ein selbständiges Vermögensobjekt verwandelt[3]). Wir tragen kein Bedenken, sie unter unseren Aktiven mit aufzuzählen. Ihre formelle Selbständigkeit hat man allerdings zuweilen[4]) — aber sicher mit Unrecht — bestritten.

---

1) Siehe oben §§ 16 und 17.

2) In jenem Sinne hatte das Stadtgericht zu Ratibor (Erkenntnis vom 23. Januar 1845) entschieden. Vergl. ausführliche Widerlegung bei Koch, schlesisches Archiv 6, 321.

3) Vergl. oben § 9.

4) Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht Note 17 zu § 307, Tl. I. Tit. 5: „Aus dem Grunde, weil die Obligation durch Erfüllung getilgt, der Schuldner liberiert und das Klagerecht erloschen, wegen der Accessorien aber in der Regel kein besonderes Klagerecht gewährt wird.“ Vergl. hierüber Förster-Eccius § 107, Anm. 46.

Es ist kein Grund vorhanden, einer solchen Forderung die selbständige Cessibilität abzusprechen. Der Umstand, dass sie nach gemeinem Rechte stets, nach preussischem Rechte zuweilen mit der Hauptforderung alternativ konkurriert[1]), kann uns an diesem Ergebnis nicht zweifelhaft machen[2]).

In der That sind auch Theorie und Praxis darüber einig, in unserem Falle die selbständige Übertragbarkeit zuzulassen[3]).

§ 25.

Cession der Vertragsstrafe ohne das Hauptrecht vor Verwirkung der Strafe.

Wie steht es aber, wenn der Gläubiger die Strafforderung vor deren Verwirkung abgesondert cedieren beziehungsweise das Hauptrecht cedieren und die Strafe sich vorbehalten will[4])?

Das preussische Obertribunal hat für diesen Fall die Möglichkeit einer selbständigen Übertragung entschieden verworfen. Zur Begründung dieser Behauptung wird ausgeführt, dass die Konventionalstrafe lediglich das im Voraus vertragsmässig festgesetzte Interesse darstelle. Die

---

1) Siehe oben §§ 8 und 10.

2) Siehe oben § 15 a. E.

3) Dernburg, preuss. Privatrecht III, § 40, 2. — Förster-Eccius I, § 99; III, § 107, Anm. 46. — Preussisches Obertribunal 82, S. 11, 135. Striethorst: Archiv 67, 220. — Für gemeines Recht: Seuffert 48, Nr. 176.

4) Um diese Frage handelte es sich in dem in der Einleitung erwähnten Prozesse. Vergl. Erkenntnis des Obertribunals 38, S. 55 (Striethorst, Archiv 30, 11). Obertribunal 54, 27 (Striethorst, Archiv 59, 238). — Gruchot: Beiträge II, 226; VII 57; IX S. 219; XI S. 545. Vergl. auch Hinschius, preussische Anwaltszeitung 1866, Spalte 316, Nr. 20.

Strafforderung könne daher nur demjenigen zustehen, dessen Interesse verletzt sei.

Denselben Gedanken finden wir bei Förster-Eccius (Bd. I, § 99, S. 647).

Wir lassen einige Sätze im Wortlaut folgen:

„Verletzt kann immer nur der werden, dem die Hauptforderung zusteht. Wurde dieselbe cediert mit Vorbehalt der Strafe für den Cedenten, so kann der Cedent sie nicht einfordern, weil sein Interesse nicht mehr verletzt werden kann, weil ihm gegenüber der Schuldner keine Erfüllungspflicht mehr hat."

Es ist offensichtlich, dass diese Beweisführung fallen muss, wenn sich der ihr zu Grunde liegende Satz, dass die Konventionalstrafe lediglich die Interessenforderung vertritt, als unrichtig erweist.

Wie wir oben zu zeigen suchten[1]), ist aber jene Auffassung für das gemeine Recht sicher unhaltbar, und auch für das preussische Recht nicht als die richtige anzusehen.

Ob die Begründung des Obertribunals für den Fall, dass man im Strafgedinge nur das Interesse erblickt, unanfechtbar ist, mag hier dahin gestellt bleiben. Gruchot (Beiträge II, S. 296 ff.) bekämpft dieselbe auch von diesem Standpunkte aus. Er will die Forderung auf eine Konventionalstrafe auch vor der Verwirkung derselben nur dann nicht als selbständig cessibel anerkennen, wenn dieselbe mit der Hauptforderung alternativ konkurriert.

Zur Begründung dieser Ansicht führt er aus:

„Die Strafe bildet hier ein eventuelles Surrogat der Hauptleistung und steht eben deshalb mit dieser in einer untrennbaren Verbindung. Hauptrecht und Nebenrecht müssen hier notwendig in einer Hand sein und bleiben; beide zusammen bilden eine juristische Einheit,

1) Siehe oben § 2, 6 und 10.

die sich in der Alternativobligation darstellt. — So wenig der Gläubiger, der nach seiner Wahl X oder Y zu fordern hat, seinen Anspruch auf X mit Vorbehalt seines Anspruches auf Y cedieren kann, weil eine solche Spaltung der Natur des ganzen Verhältnisses widerstrebt, so wenig kann in dem vorausgesetzten Falle dem Gläubiger gestattet sein, die noch nicht fällige Hauptforderung mit Vorbehalt des Anspruches auf die etwa künftige Konventionalstrafe einem Dritten abzutreten."

Im anderen Falle dagegen, wenn die Nebenleistung neben die Hauptverpflichtung träte, also[1]) keine Konkurrenz, sondern zwei vollständig neben einander zu verwirklichende Ansprüche beständen, sei gegen eine Cession der Nebenforderung ohne die Hauptforderung, oder umgekehrt, nichts einzuwenden.

Diesen Ausführungen von Gruchot ist die Erwägung gegenüber zu stellen, dass dadurch, dass die Strafe verwirkt wird, das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenklage nicht aufhört ein alternatives zu sein. Während vorher eine Alternativobligation (beziehungsweise zwei alternativ konkurrierende Forderungen), deren eine Alternative bedingt war, vorhanden war, stehen sich jetzt beide Alternativen unbedingt und gleichberechtigt gegenüber.

Im zweiten Falle wird aber an der selbständigen Cessibilität der Strafforderung nicht gezweifelt[2]).

Aus diesen zwei Sätzen ergiebt sich der Rückschluss, dass der Umstand, dass eine Alternativobligation vorliegt, nicht die Ursache sein kann, welche die selbständige Cessibilität der Konventionalstrafe vor deren Verwirkung ausschliesst.

---

1) Dass nach gemeinem Rechte ein solches Verhältnis nicht vorkommt, ist oben gezeigt; vergl. §§ 8, 10.

2) Siehe oben Anm. 3, S. 59.

Mit dieser Begründung Gruchots wird auch seine Behauptung hinfällig, dass das Recht auf Konventionalstrafe stets selbständig cessibel sei, sofern es nicht mit der Hauptforderung konkurriere[1]).

Den richtigen Gesichtspunkt für die Beurteilung unserer Frage erhalten wir unseres Erachtens nur, wenn wir die Funktion der Konventionalstrafe als Verstärkung der Hauptverbindlichkeit betonen. Der Gläubiger lässt sich die Strafleistung versprechen, um eine Sicherheit für die Erfüllung der Hauptobligation zu gewinnen. Die Parteien haben keineswegs die Absicht, dass er dadurch einen selbständigen Vermögensvorteil erhalten soll. Niemand würde daran denken, sie als selbständiges Aktivum seines Vermögens anzusehen. Wir müssen vielmehr denselben Unterschied machen, welchen wir oben bei den actiones vindictam spirantes[2]), der Bürgschaft[3]) und der Pfandklage kennen gelernt haben. Die Forderung geht zwar auf einen Geldwert, ist aber kein beziehungsweise kein selbständiges Vermögensobjekt.

Will nun der Gläubiger, gegen diesen klaren Zweck des Geschäftes verstossend, die Strafforderung selbständig durch Cession verwerten, so masst er sich hierdurch eine Befugnis an, welche ihm keineswegs zusteht.

Das Recht verbietet eine solche Übertragung der Strafforderung im Hinblick auf die stillschweigende aber selbstverständliche lex contractus[4]) [5]) [6]).

---

1) Darüber, dass die Ungewissheit, ob die Konventionalstrafe verfallen wird, an sich keinen Grund gegen ihre selbständige Cessibilität abgiebt, vergl. oben §§ 15, 19.

2) Siehe oben § 16.

3) Siehe oben § 20.

4) So Dernburg, preuss. Privatr. II, 40, 2; zu demselben Resultate gelangen für das gemeine Recht: Nettelbladt, der

Hiernach bildet unser Rechtssatz keine lex absoluta. Indem das Recht feststellt, was der Natur des Verhältnisses entspricht, setzt es abweichenden Vereinbarungen keinen Widerspruch entgegen[1]).

Ferner ist nicht daran zu zweifeln, dass unter Mitwirkung des Schuldners Haupt- und Nebenverbindlichkeit giltig getrennt werden können.

Es ist in diesem Falle nicht anders, als ob die Konventionalstrafe von vorne herein einem Dritten versprochen wäre[2]). Die blosse Ausübung endlich des Nebenrechtes — in dem oben § 20 im Gegensatz zur Abtretung eines Rechtes selbst bezeichneten Sinne — einem Dritten zu übertragen, ist der Gläubiger stets berechtigt. Dadurch, dass ihm das Recht der Veräusserung genommen ist, ist ihm nicht die Befugnis entzogen, seine Forderung selbst

---

Strafvertrag nach gemeinem Recht S. 66. Seufferts Archiv 48, Nr. 176 (beide ohne Angabe von Gründen). Für die Nichtübertragbarkeit sprechen sich ferner aus für das preuss. Recht Förster-Eccius I, § 99, III. Obertribunal 38, 55; 54, 27 (aus anderen als den hier gegebenen Gründen). — Abweichender Meinung ist Gruchot II, 226; VII, 57; IX, 219; XI, 545. 5) Dass vertragsmässiges Verbot jede Übertragbarkeit ausschliessen kann, ist oben § 18 gezeigt. 6) Wer im Strafvertrage eine einfache Bedingung sieht, muss notwendig zum entgegengesetzten Ergebnis kommen, denn hier ist von einer solchen Parteiabsicht nicht die Rede.

1) Vergl. den entsprechenden Satz in Betreff der Bürgschaft § 20 a. E. Die Verhältnisse liegen hier insofern etwas verschieden, als eine Vertragsstrafe einem Dritten giltig versprochen werden kann. Eine solche Trennung der Verbindlichkeiten ist dagegen mit dem Wesen der Bürgschaft nicht vereinbar.

2) Über die Entstehungsgeschichte der §§ 308, 309, I, 5 des Allgem. Landrechts, vergl. Koch, Kommentar Note 18; Hymmen, Beiträge Bd. 3, S. 38ff. Einen entsprechenden Satz giebt es im gemeinen Rechte nicht. A. M. Nettelbladt, a. a. O. Seite 66.

auszuüben oder nach Gutdünken durch einen anderen für sich ausüben zu lassen.

§ 26.

Folgen der Erklärung, die Hauptforderung ohne die Strafe oder die Strafe ohne die Hauptforderung vor Verwirkung der Strafe cedieren zu wollen.

Uns bleibt hier noch die Frage zu beantworten, was Rechtens ist, wenn dennoch vor Verwirkung der Strafe das Nebenrecht ohne das Hauptrecht abgetreten, oder umgekehrt das Hauptrecht abgetreten, und das Nebenrecht vorbehalten werden soll.

Betrachten wir zunächst den zweiten Fall.

Dass die Absicht des Cedenten, beide Rechte mit dem Erfolge zu trennen, dass beide selbständig bei verschiedenen Gläubigern fortbestehen, nicht erreicht werden kann, ist oben zu zeigen versucht worden.

Es liegt der Gedanke nahe, dass durch eine derartige Sondercession das Nebenrecht untergehe [1]). Aber um ein derartiges Erlöschen annehmen zu können, fehlt es an einer Vorschrift des positiven Rechtes [2]). An einen Ver-

---

1) So Hinschius, preuss. Anwaltszeitung. Jahrg. 1866, Spalte 316.

2) Vergl. darüber Gruchot, Beiträge IX, S. 219. — Das ältere römische Recht kennt Fälle eines derartigen Unterganges von Forderungen. — Vergl. Ulp. fragm. tit. 19, 14: „Si antequam adeatur, hereditas in jure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa ist, ac si ipse heres legitimus esset; quodsi posteaquam adita fuerit, in jure cessa sit, is, qui cessit, permanet heres, et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero pereunt, id est, debitores defuncti liberantur.“ — Im neueren Recht ist dieser Satz nicht mehr praktisch. — Als Analogie ferner die Folgen heranzuziehen, welche in Rom die Übertretung gewisser Cessionsverbote des zwingenden Rechtes hatte, z. B. Abtretung an einen Mächtigeren, — (vergl. Windscheid, Pandekten II, 335, 2a; Dernburg, Pandekten II, § 50, 4) scheint nicht zulässig. —

zicht der Parteien zu denken, ist in den meisten Fällen deswegen ausgeschlossen, weil sie das Nebenrecht gerade deswegen, um es selbst geltend zu machen, sich vorbehalten. Und wenn auch ein Verzicht im einzelnen Falle wirklich beabsichtigt ist, so ist dieser doch wirkungslos bis zu seiner Annahme durch den Cessus.

Es bleibt als letzte Möglichkeit anzunehmen, dass durch ihre Begründung Haupt- und Nebenforderung so fest zusammengefugt sind, dass sie durch den Willen des Gläubigers allein, ohne Mitwirkung des Schuldners gar nicht getrennt werden können, und dass infolge dessen die Vertragsstrafe auch gegen den ausgesprochenen Willen des Cedenten mit der Hauptforderung auf den Cessionar übergeht

Wenn man dem Parteiwillen die Kraft giebt, mit absoluter Wirkung die Veräusserung einer Forderung auszuschliessen, so kann man ihm auch das weitere Recht einräumen, zwei Forderungen unzerreissbar zu verbinden.

Dieses Prinzip auf den Fall angewendet, wo das Nebenrecht cediert und das Hauptrecht vorbehalten werden soll, ergiebt, dass durch eine derartige Cession nichts erreicht wird.

In diesem Sinne hat auch das preussische Obertribunal erkannt[1]).

§ 27.

Übersicht der Ergebnisse.

Das Resultat dieser Untersuchung ist, um es noch einmal kurz zusammenzufassen, folgendes:

Vergl. aber auch oben § 22 a. E. die Bestimmungen des Entwurfs (I, § 1186, § 1190; II, § 1157). Sie haben ihren Grund in der besonderen Natur des Pfandrechtes.

1) Entscheidung 54, 27. Vergl. darüber Förster-Eccius I, § 99, Anm. 100. — Abweichender Meinung sind: Hinschius, a. a. O.; Gruchot, Beiträge VII, S. 57; IX, S. 219.

Mit der Hauptverbindlichkeit ist die Vertragsstrafe stets übertragbar, ohne dieselbe erst nach Verwirkung der Strafe. Bis zu diesem Zeitpunkt teilt der Nebenanspruch notwendig die Schicksale des Hauptrechtes.

Wenn der bei Begründung dieser Ansicht eingenommene Standpunkt der richtige ist, so gilt dieser Satz in gleicher Weise für das gemeine und preussische Recht, für das Handelsrecht und das Recht des Entwurfes.